

التأصيل المذهب

لأحكام المذهب

شرح مبين للأحكام في فقه الأئمة الأربعة

تأليف

القاضي العلامة محمد بن قاسم عيسى البجلي الحنفاني

المجلد الثاني



دار النشر
الطبعة الأولى ١٩٩١



التَّائِبُ الْمَذْهَبُ

لِلْأَحْكَامِ الْمَذْهَبِ

شَرْحُ مَبْتَنٍ لِأَزْهَارٍ فِي فِئَةِ الْأُمَمِ الْأَطْمَارِ

تَأْلِيفُ

الْقَاضِي الْعَلَّامُ أَحْمَدُ بْنُ قَاسِمٍ لَعْنَسِي الْيَمَانِي الصَّنْعَائِي

الْجُزْءُ الثَّانِي



دار الحِكم: اليمانية

لِلطَّبَاعَةِ وَالنَّشْرِ وَالتَّوْزِيعِ وَالْإِعْلَانِ

جميع الحقوق محفوظة

١٤١٤هـ - ١٩٩٣م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿١٣٩﴾ كتاب النكاح

النكاح في اللغة ورد بمعنى الضم والوطء : يقال تناكحت الأشجار إذا تمايلت وانضم بعضها إلى بعض . ويقال نكح زوجته أى وطئها بمعنى عقد النكاح : يقال نكح فلان من فلان ابنته أى عقد عليها . وفى عرف الشرع هو العقد الواقع على المرأة بملك الوطاء دون الرقبة . فقولنا بملك الوطاء : احترازاً من المستأجرة للخدمة أو أى عمل . وقولنا دون ملك الرقبة : احترازاً من عقد الشراء فى الأمة فإنه عقد واقع على المرأة بملك الوطاء وليس بنكاح لأنه يتناول ملك الرقبة والوطء . واختلف العلماء هل النكاح حقيقة فى الوطاء مجاز فى العقد ، أم العكس ، أو حقيقة فيهما ؟ : فذهبنا أنه حقيقة فى العقد مجاز فى الوطاء عكس المعنى اللغوى .

﴿ فصل ﴾

﴿ يجب على من يعصى ﴾ ولو بالنظر أو التقبيل أو نحوهما ﴿ لتركه ﴾ أى إذا كان الرجل أو المرأة يعلم أو يغلب فى ظنه أنه إن لم يتزوج ارتكب الزنى أو ما فى حكمه وهو نكاح البهيمة أو ما يقرب منه كنكاح يده ، أو كان عليلًا يخشى أن يباشر عورته من لا يجوز له مباشرته لزمه أن يتزوج وهذا إذا لم يمكنه التسترى أو كان لا يحصنه . ولا يسقط وجوب النكاح على من عرف من نفسه أنه لا يترك المحظور ولو تزوج لأنه مع الزواج يكون أقل عصياناً ولو لم يكن إلا فى حال مباشرتها فإنه فى تلك الحال يشغل عن المحظور بخلاف ما إذا كان متمزباً فهو متفرغ للعصية فى جميع

حالاته . وأما الصغير سواء كان ذكراً أو أنثى فلا يجب على وليه تزويجه ولو عرف أنه إن لم يزوجه ارتكب الزنى .

﴿ فرع ﴾ فلو كان لا يخشى الوقوع في المحذور إلا في المستقبل ولا يتمكن من الزواج إلا في الحال وجب لأنه من التحرز عن المعصيان ولهذا فإن الزهد في النكاح غير مشروع .

﴿ ويحرم على ﴾ الرجل ﴿ العاجز عن الوطء ﴾ للنساء أن يتزوج ﴿ من ﴾ يعرف أو يظن من حالها أنها إذا لم يتفق لها جماع من الزوج ﴿ تمعصى لتركه ﴾ يعني ترك الوطء بأن تفعل الزنى أو نحوه لأنه يكون سبباً في عصيانها فقبح السبب لقبح المسبب وهذا من القياس المرسل الملائم وهو معتبر .

﴿ و ﴾ يحرم النكاح أيضاً على ﴿ عارف التفريط من نفسه ﴾ بدم القيام بالحقوق الزوجية الواجبة بخلاً أو كسلاً ﴿ مع القدرة ﴾ على ذلك لا مع عدمها فلا يحرم عليه . قال في شرح الآثار : « وكذا يحرم على المرأة إذا كانت عارفة من نفسها عدم القيام بحقوق الزوج » .

﴿ و ﴾ لكنه في هاتين الحالتين ﴿ ينعقد ﴾ إذا عقد ﴿ مع ﴾ حصول ﴿ الإثم ﴾ بالدخول فيه . ﴿ ويندب ويكره ما بينهما ﴾ أى بين الواجب والمحذور ، فإن كان يشق به ترك النكاح وهو لا يخشى الوقوع في المحذور ولا صارف له عن النكاح من الأمور الدينية فإنه حينئذ يكون مندوباً ، وأما المكروه فنحو أن يتزوج وهو مظهر التحليل أو يعرف تجزئه عن القيام بالحقوق لفقره أو عدم القدرة عن التكسب أو عن الوطء وهى تنفصر بتركه ولا يخشى عليها الوقوع في المحذور فإنه يكون مكروهاً ﴿ ويباح ما عدا ذلك ﴾ أى ما لم يحصل فيه وجه الوجوب ولا وجه الحظر ولا وجه التندب ولا وجه الكراهة .

﴿ وتحرم الخطبة ﴾ بكسر الخاء وكذا الإجابة ﴿ على خطبة المسلم بعد التراضي ﴾

وذلك نحو أن يخطب المسلم امرأة ويقع التراضي بينهما فلا يجوز لغيره أن يخطبها ويرغبها في نفسه بما يرغب بمثله من زيادة في المهر أو نحو ذلك . وكذا لو رغبت المرأة في رجل فأجابها وهي له رابطة وإن كانت ممن يحرم الجمع بينهما أو لم يرد الزيادة على واحدة فإنه يحرم على غيرها أن تعرض نفسها عليه لما في ذلك من الإفساد على الأول وهو وجه النهي فأما قبل المراضاة فيجوز أن يخطب المرأة رجلان أو أكثر لأن الأصل الإباحة ما لم يعلم التراضي والعبرة برضاء البالغة العاقلة إذا كان الزوج كفواً ولو لم يرض وليها وفي غير الكفو رضائها ورضاء وليها والصغيرة رضاء وليها والأمة سيدها .

﴿ فرع ﴾ ومن خطب خمس نسوة دفعة واحدة ورضين لم يحز لغيره خطبة أيهن حتى يستكمل أربعاً أو يأذن .

﴿ و ﴾ تحرم خطبة المرأة وهي ﴿ في العدة ﴾ ^(١) من الزوج الأول ﴿ إلا التعريض ﴾ بالخطبة فإنه يجوز ﴿ في المبتوتة ﴾ وهي التي طلقها بائن أو مفسوخه أو متوفى عنها أو مقيدة عن اللعان فإنه يجوز في حقها التعريض في العدة ولا يجوز التصريح . وأما غير المبتوتة وهي التي طلقها رجعي فلا يجوز تعريض ولا تصريح . والتعريض هو أن يقول لها إذا انقضت عدتك فلرب راغب فيك . والتصريح هو أن يقول : أنا خاطب لك أترضيْنِي لك بملأ أو نحو ذلك . فإن تزوجها بعد الخطبة المنهى عنها صح النكاح وأنتم مع العلم .

﴿ وندب ﴾ ^(٢) في النكاح إن كان واجباً أو مندوباً ﴿ عقده في المسجد ﴾ ويجوز

(١) لغير زوجها والمستبرأة عن نكاح باطل أو وطء شبهة فلا يجوز خطبتها اهـ .

(٢) وندب استشارة الأم في تزويج ابنتها وذلك لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : « آسروا النساء في بناتهن » رواه أحمد وأبو داود .. قال في النهاية وذلك من جهة استطابة نفوسهن إذ هو ادعى للألفة وخوفاً من وقوع الوحشة بين الزوجين إذا لم يكن برضاء الأم إذ البنات إلى =

في المباح والمكروه ولا يجوز في المحظور ﴿ و ﴾ نذب ﴿ الفشار ﴾ بعد العقد من الزوج أو الزوجة أو الولي للحاضرين من زبيب أو تمر أو نحوها ويحسن بالدرهم والدنانير ويجوز التهوية بالنثار في المسجد ﴿ و ﴾ نذب عندنا ﴿ انتهابه ﴾ بشرط أن لا يعرف من صاحبه السكراهة وأن يكون قد وقع على الأرض ، ويتبع العرف في أخذه كله أو بمضه أو تلقية قبل وصول الأرض ونحو ذلك : والولية أيضاً مندوبة ولو بشاة أو طعام بغير لحم والمستحب أن تكون بعد العقد ولا فرق بين أن تكون قبل الدخول أو بعده لكن لا تتمدى السابيع وهو من يوم الدخول وما بعده إلى يوم السابيع إذ تكون بعده في حكم المفعول لا لأجله . والحاصل أن المندوب ولیمتان فإن اجتمعا في سبع كفت لهما ولیمة واحدة .

﴿ و ﴾ نذب ﴿ إشاعته بالطبول ﴾ وغيرها مما يظهره عن كتمه إذ المشروع المبالغة في إظهاره عكس ضده . قال في الكافي ولا خلاف أنه يجوز ضرب الطبل والبوق وهو النفير والصنج وهو نحاس على نحاس يضرب به على غير ألحان المعاصي ﴿ لا التدفیف ﴾

== الأمهات أميل وفي سماع قولهن أرغب ولأن الأم ربما علمت من حال ابنتها امرأ خائفاً لا يصلح معه الجماع من علة أو سبب لا يصلح معه النكاح ، ونذب للزوج أن يتحري البكر ذات الدين والجمال والعقل والمال والحسب والنسب وكونها ولوداً ودوداً ذات قرابة غير قريبة أو أجنبية والبعيدة أول من الأجنبية ، بالغة إلا الحاجة أو مصلحة ، خفيفة المهر ، ذات خلق حسن ، وأن لا يكون لها ولد من غيره إلا لمصلحة ، وأن لا تكون مطلقة يرغب فيها مطلقها ، وأن لا يزيد على واحدة إلا الحاجة ، وخطبة النكاح مستحبة قبل العقد وهي كما في الحديث : (إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمداً عبده ورسوله) « يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وقولوا قولا سديداً يصلح لكم أعمالكم ويغفر لكم ذنوبكم ومع يطع الله ورسوله فقد فاز فوزاً عظيماً » والحديث أخرجه البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي وفي رواية بحذف « إن » قال في البحر : « ويندب خطبتان الأولى من الولي قبل العقد والثانية من الزوج ساهل ويفتقر تخللها بين الإيجاب والقبول » اهـ .

المثلث) وهو ما يطرب ويدعو إلى اللهو (والفناء) فإنهما لا يجوزان عندنا في عرس ولا غيره سواء كان بدفٍ أو طبل أو مزمار أو نحو ذلك وسماعه كفعله، لا سماعه بغير عناية فلا يجب سد الأذنين، فأما إذا كان التدفيع على غير ألحان المثنين جاز. ذكره المؤيد بالله وأبو العباس وسند ذكر إن شاء الله في آخر فصل ٤١٧ في الحدود ما يجوز وما لا يجوز من الفناء واللعب.

﴿مسئلة﴾ اعلم أنه يجوز بل يندب للرجل النظر إلى جميع الوجه والكفين من المرأة إذا أراد خطبتها فإن حصل التفصيل بنظرة واحدة لم يجز له التكرير وإلا جاز له حتى يتحقق. وإنما يجوز له النظر إذا لم تقارنه شهوة أى تلذذ فإن قارنته شهوة لم يجز. وإذا عجز الخاطب عن النظر بمث امرأة تنظر إليها وتصفها له ولو وصفت له كل بدننها فإنه جائز، ووقت النظر أن يكون بعد المزم وقبل الخطبة لئلا يتركها بعد الخطبة فيشقى عليها. ولا يتوقف النظر على إذنها ولا إذن وليها اكتفاء بإذن الشارع ولئلا تنزى فيفوت غرضه. ويشترط أن يعلم أنها فارغة لا مزوجة ولا معتدة ولا مخطوبة من غيره وأن يظن أنه يجاب إلى خطبته وأن يكون عازماً على زواجها. ويجوز للمرأة أيضاً أن تنظر إلى وجه الخاطب (ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف) وهذا من نظام الإسلام دين الرحمة والمواطف الرقيقة والحكمة والإحسان في كل شىء.

(فصل)

﴿١٤٠﴾

في تفصيل من يحرم نكاحه. (و) اعلم أنه (يحرم على المرأة) ذكر آ كان أم أنثى (أصوله) وهى الأمهات والجندات من قبل الأم والأب وأبويهما ماعلوا (وفصوله) ولو من زنى ومن البنات وبناتهن وبنات بنين وبنات البنين وبنات بنين وبنات بناتهم ماسفلوا، وكذلك الأنثى يحرم عليها أولادها وأولاد أولادها وأولاد بناتها وأولاد بنات بناتها ماسفلوا (ونسأؤهم) أى ونساء أصوله وفصوله ماعلوا وما سفلوا

وسواء الزوجات والمملوكات وسواء قد كان وطئ الأصل أو الفصل الزوجة أو عقد عليها ففقط ، وأما المملوكة فلا بد أن يكون قد نظر أو لس لشهوة أو نحو ذلك .
﴿ و ﴾ يحرم عليه ﴿ فصول أقرب أصوله ﴾ لا نساؤهم ، وأقرب أصوله هم الأب والأم فيحرم عليه فصولها وهم إخوته لأبيه وأمه أو لأحدهما وبناتهم وبنات بنينهم وبناتهن ماسفلوا . وضابطه : كل أنثى انتهت إلى أبويك أو إلى أحدهما بطريق الولادة بواسطة أو بغير واسطة ذكر آ كان الواسطة أو أنثى ﴿ وأول فصل من كل أصل قبله ﴾ أى كل أصل قبل أقرب أصوله لا يحرم من أصوله إلا أول بطن دون ما بعده فتحرم العمة والخالة لأنهما أول بطن من الأصل الذى قبل الأب والأم ويحمل فصولها . وقوله من كل أصل يدخل فى ذلك عممة الأب ^(١) وخالته وعممة الأم وخالتها وكذلك عممة الجد وخالته وعممة الجدة وخالتها ماعلون .

ويحرم على المرء لمصاهرة زوجات أصوله وزوجات فصوله من النسب أو الرضاع ﴿ وأصول من عقد عليها ﴾ ^(٢) عقد نكاح صحيح أو فاسد ولو لم يدخل بها بصورة ذلك أن ترضع زوجة الطفل أخته أو من يحرم عليه نكاحها فيفسخ النكاح ثم ترضع الصبي زوجة رجل آخر وهو فى الحولين فإنها تحرم زوجة الطفل على أبيه الذى أرضعته زوجته . قال فى البحر : « وأما هى فيحرم عليها أصوله وفصوله بمجرد نفس العقد » أى ما حرم من ذلك على الرجل حرم على المرأة لكن لا يعتبر فيها الدخول لأجل تحريم أولاد زوجها عليها ﴿ لا فصولها ﴾ أى لا يحرم عليه فصول من عقد عليها بمجرد العقد ﴿ ولا هما من المملوكة ﴾ أى ولا يحرم أصول المملوكة ولا فصولها بمجرد ملكها رلو اشتراها للتسرى وهو الوطاء لأن الملك لا يقتضى التحريم وحده فصار فصول الزوجة وفصول السرية وأصولها لا يحرم من ﴿ إلا بعد وطء أو لس لشهوة ﴾ يعنى بعد

(١) ما لم تكن عممة الأب من الأم فتحل عمتها اه .

(٢) وأما هى فيحرم عليها أصوله وفصوله بمجرد نفس العقد . اه بحر .

عقد النكاح والملك وكان في حال الحياة^(١) ولو صغيرة سالحة أو مجنونة ﴿ولو﴾ لس الزوجة أو المملوكة ﴿بمخالل﴾ غير كشف بينه وبين جسمها وحصل معه غمز أو اعتماد فإن ذلك يقوم مقام الوطء في اقتضاء التحريم إذا قارنته الشهوة وهي التلذذ ﴿أو﴾ حصول ﴿نظر﴾ إلى الزوجة^(٢) أو الأمة لشهوة فإنه يقتضى التحريم بشرط انفصال شمع ﴿مباشر﴾ لشيء من جسمها أو شعرها متصل في الحياة . لا لو نظر إليها وتم حائل فلا يقتضى التحريم لأنه لا يحصل به استمتاع مع الحائل ، وفي حكم النظر اللمس الذى لا غمز معه ولا اعتماد مع الحائل الكشيف فلا يحرم ولو قارنته شهوة . قال في البيان « وكذلك الخلوة بالزوجة لا توجب التحريم ﴿ولو﴾ نظر إليها من ﴿خلف صقيل﴾ نحو أن تكون منغمسة في الماء الصافي فينظر إليها أو نظر إليها من خلف زجاج ليس بغليظ مانع فإن ذلك يقتضى التحريم إذا قارنته الشهوة ﴿لا﴾ إذا نظر إليها ﴿في امرأة﴾ نحو أن تكون المرأة في يده مقابلة لوجهه والمرأة من خلفه فينظر إلى وجهها في المرأة فإن ذلك لا يقتضى التحريم واو لشهوة . وهذا في الزوجة والأمة لا الأجنبية فلا يجوز النظر إليها على أى صفة كانت .

﴿والرضاع في ذلك كالنسب﴾ أى يحرم به ما يحرم بالنسب : فيحرم على مرضعته وزوجها صاحب اللبن وأصولهما وأزواجهما وفروعهما وأول كل فرع من كل أصل لهما ويحرم عليهما الرضيع وفروعه وأزواجهم وسواء كان الفروع والأصول من النسب أو من الرضاع .

﴿مسئلة﴾ النكاح الذى يعقد على الصغار الرضع لأجل النظر إلى أمهاتهن

(١) لا ما حصل بعد الموت من وطء أو نحوه فلا يقتضى التحريم للحصول من الزوجة ولا لأصول المملوكة ولا فصولها اهـ .

(٢) بخلافهاى فإنها لو نظرت له شهوة أولسته أو قبلته لشهوة منها من غير شهوة منه فلا يقتضى ذلك تحريم فصولها عليه اهـ .

من النسب أو الرضاة ولم يكن المقصد مقصوداً للوصلة والمزاوجة والنسبة بل مجرد النظر فقط إلى المرأة المحرمة بسببه صحيح وإن كان القصد مجرد النظر، وقرر هذا الإمام المتوكل على الله إسماعيل وهو صريح مذهب الإمام الهادي عليه السلام .

وقوله « غالباً » ^(١) قال في شرح ابن مفتاح : يحتز من ست فإنها تحرم لأجل النسب ولا تحرم لأجل الرضاة : « الأولى » أخت الابن من الرضاة فإنها تحل لأبيه ولا تحل له أخت ابنه من النسب لأنها تكون بنته أو ربيته . « الثانية » عمة الابن من الرضاة فإنها تحل لأبيه والعكس ولا تحل عمة الابن من النسب لأنها أخت . « الثالثة » جدة الابن من الرضاة أم أمه وأم أبيه من النسب فإنها تحل لأبيه من الرضاة ولا تحل جدة الابن من النسب لأنها أم الأب أو أم زوجته . « الرابعة » أم الأخ من الرضاة التي ولدته فإنها تحل لأخيه لأنه من الرضاة ولا تحل أم الأخ من النسب لأنها أم أو امرأة أب . « الخامسة » عمة الأخ من الرضاة ^(٢) فإنها تحل لأخيه من الرضاة . « السادسة » خالة الأخ من الرضاة ^(٣) فإنها تحل لأخيه من الرضاة .

نعم والتحقيق ان الاحتراز بغالباً لا معنى له ولا مقتضى لتحريم هؤلاء المستثنيات لأن الثلاث الأول لم يحرم على الأب من النسب لكونهن أخت ابن وعمه ابن وجدة ابن، بل لكون الأولى بنتاً أو ربيبة والثانية لكونها أختاً والثالثة لكونها أمّاً أو أم زوجة وكذلك الباقيات. وقول الرسول صلى الله عليه وآله وسلم « ويحرم

(١) وأحسن ما قيل في حصر من يحرم بالرضاة ومن لا : قوله :

أقارب ذى الرضاة بانتساب أجانب مرضع الابن
ومرضة قرابتها جميعاً أقاربه ولا تخصيص فيه
فال في الأم ومن حق هذين البيتين أن يكتبنا بما ذهب بل بعينذهب انتهى .

(٢) ومن النسب إن اختلف الأبوان اهـ

(٣) ومن النسب إذا اختلف الأمهات اهـ .

من الرضاعة ما يحرم من النسب « المراد من هذا التشبيه تحريم التناكح عل من رضع وجواز النظر والخلوة والمسافرة لأعلى الغير فأخوه وأبوه لا تعلق لهم برضاعة، وأخت الابن أجنبية .

﴿ و ﴾ أما ما يحرم لغير النسب والرضاع والمصاهرة بل لأجل صفة فذلك ثلاثة عشر صنفاً من النساء : « الأولى » ﴿ المخالفة ﴾ له ﴿ في الملة ﴾ فلا تحل الكافرة للمسلم ولا المسلمة للكافر ولا اليهودية للنصراني ولا العكس ، وكذلك كل امرأة تخالف الرجل في ملة فإنها تحرم عليه ويحرم عليها سواء كانا كافرين أم مسلماً وكافراً ولو كانت المرأة كتابية من اليهود والنصارى فلا يجوز نكاحها . هذا هو المختار للمذهب . وعن الصادق والباقر وأبي حنيفة والشافعي أنه يجوز نكاح الكتابيات ﴿ و ﴾ « الثانية » ﴿ المرتدة ﴾ عن دين الإسلام فإنها محرمة على كل أحد: مسلم وكافر أصلي ومردة مثلها ، وكذا المرتدة لا يحل لكل امرأة ﴿ و ﴾ « الثالثة » ﴿ المحصنة ﴾ وهي التي تحت زوج فإنها لا تنكح ولا يطأها سيدها إذا كانت أمة ﴿ و ﴾ « الرابعة » ﴿ الملاءنة ﴾ فإنها تحرم على زوجها بعد اللعان تحريماً مؤبداً كما سيأتي إن شاء الله تعالى في فصل (١٨٦) ﴿ و ﴾ « الخامسة » ﴿ الثالثة ﴾ أي مثلثة وهي التي طلقها ثلاثاً كلهن واقعات بأن تخللتهن الرجعة فإنها لا تحل أطلاقها ﴿ قبل التحليل الصحيح ﴾ والعبرة بمذهبها هي والزواج الآخر في كون النكاح صحيحاً أم لا فإن اختلف مذهبهما لم يصح إلا أن يحكم به حاكم عند ترافعهما إليه .

﴿ فرع ﴾ قال في البيان : وإذا طلقها الثاني وادعت أنه قد وطئها وأنكر قبل قولها حلت للأول ما لم يظن كذبها وكذا إذا ادعت أنها قد تزوجت آخر ودخل بها حلت للأول إن لم يظن كذبها ، فلو أنكرت دخول الثاني بها وادعاه هو ويؤن به لم تحل للأول .

﴿و﴾ « السادسة » ﴿ المتقدمة ﴾ انغير من اعتدت منه عن نكاح صحيح أو فاسد أو وطء شبهة أو وطء ملك كأم الولد لقوله تعالى : « ولا تمزوا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله » ﴿و﴾ « السابعة » ﴿ المحرمة ﴾ فإنه لا يجوز نكاحها حتى تحمل الإحرام وسواء كان الإحرام صحيحاً أو فاسداً عن واجب أو نقل لوجوب المضي فيه . ﴿و﴾ « الثامنة » هي « الخامسة » لمن كان تحته أربع زوجات فإنها تحرم عليه . ﴿و﴾ « التاسعة » النساء « اللتبسات بالمحرّم » إذا كن « منحصرات ^(١) » أي إذا علم أن رضيعته له دخلات بين نساء منحصرات كنسوة قرية صغيرة والتبست أيتن رضيعته لم يجوز له أن يتزوج واحدة من أولئك النساء اللتبسات بالمحرّم حتى يعلم أن تلك المشكوة غير المحرم ولا يكفي في ذلك الظن . ﴿ و ﴾ « العائرة » ﴿ الخنثى المشكل ﴾ وهو الذي له ذكر كالرجل وفرج كالمرأة أو ثقب تحت السرة يخرج بوله منهما ولم يسبق أول مرة من أحدهما فإن هذا مشكل أرجل هو أم امرأة فيحرم عليه النكاح فلا ينفكح امرأة ولا ينفكحه رجل ويلزمه الحجاب من الرجال والنساء إلا المحارم، ولا يجوز له أن يلبس ما هو محرم على الرجال ولا ما هو محرم على النساء، ولا يسافر إلا مع محرمه . فإذا سبق بوله أول مرة من الذكر فهو ذكر فتجرى عليه أحكام الذكور وإن سبق بوله أول مرة من فرج الأنثى فهو أنثى فتجرى عليه أحكام الأنثى .

﴿و﴾ « الحادية عشرة والثانية عشرة » ﴿ الأمة ﴾ يحرم تزويجها في موضعين : « أحدهما » حيث تنكح ﴿ على الحرية ﴾ فإنها لا تحمل حينئذٍ ﴿ وإن رَضِيت ﴾ الحرية بذلك لم يكن لرضاها تأثير في جواز ذلك سواء كان الزوج حراً أم مملوكاً . قال في الكافي : « فلو تزوج أمة بغير إذن مولاه ثم تزوج حرة ثم أجاز السيد لم يصح نكاح الأمة لأن المقعد عليها لم يتم بالإجازة إلا وقد صارت تحته حرة » ﴿ و ﴾ « الموضع الثاني » حيث

(١) وقد حدد ذلك : لو اجتمع نسوة في صعيد لأمكن آحاد الناس ضبطهن باليسرة دون أهل الذكاء والخدمة وفيهن من تحرّم عليه حرمن عليه كلهن اهـ .

يكون نكاحها ﴿حر﴾ فإنها تحرم عليه ﴿إلا﴾ بشرطين: أحدهما حيث يكون نكاحها ﴿لمنت﴾ بكسر النون أى خائف الوقوع في المحذور ولو نظرا أو تقبيلا . الشرط الثانى : حيث ﴿لم يتمكن﴾ ذلك الحر ﴿من﴾ نكاح ﴿حرة﴾ مؤمنة محصنة عفيفة كفوة إما لفقر أو عاهة أو سقوط نسب فعند هذين الشرطين يجوز للحر نكاح الأمة . قال أبو حنيفة : ويجوز له أكثر من واحدة على حد ما يجوز من الحرائر وهو المذهب .

﴿و﴾ « الثالثة عشرة » ﴿امرأة مفقود﴾ وهو الذى لا يظن فى أى جهة هو ﴿أو غريق﴾ نحو أن يبحر رجل وغرقت سفن هو فى إحداها ولم يعلم هل غرقت سفينته أم لا وهل قد مات أم لا فانه لا يجوز لامرأة هذين الشخصين أن يتزوج ولا لأحد أن يتزوج بها ﴿قبل صحة﴾ أحد أمور أربعة وهى ﴿ردته أو طلاقه أو موته﴾ هذه ثلاثة أمور لا تثبت صحتها إلا بالتواتر وبخبر عدلين أو رجل وامرأتين أو علم الحاكم ولا يكفي خبر المدل الواحد ولو أفاد الظن فاما إذا لم يحصل لها علم بذلك فلا يجوز لها النكاح حتى يضح لها بينوتها بأحد الأمور الثلاثة « والرابع » قوله ﴿أو مضى عمره الطبيعى^(١) والمدة﴾ أى لا يجوز لها أن تتزوج قبل مضى العمر الطبيعى والمدة ونعنى بالمدة عدة الوفاة . قال القاسم والمرغنى وأبو طالب : والعمر الطبيعى هو مائة وعشرون سنة من يوم مولده . ونعنى بالطبيعى أن العادة جارية أن الله سبحانه وتعالى لا يعمر أحداً فى ذلك الوقت أكثر من ذلك القدر فى الغالب، فلو التبس عليها يوم مولده فإن

(١) (فائدة) قد رأينا (تماماً للفائدة أن نرصد التاج بجواهر اختيارات إمام العصر مولانا أمير المؤمنين المتوكل على الله يحيى بن محمد حميد الدين أيده الله فانه لما كان منه الإلزام على ملازمة المذهب الشريف فى جميع المعاملات إلا فى مسائل فإن تضلعه فى العلوم أداه إلى استثنائها لمصالح العموم تبعاً منه لدليل الكتاب والسنة كما هو شأن كل مجتهد وإمام عادل يفكر فى مصالح رعيته ويرعى حقوق أمته . ولهذا اشترط أهل المذهب الشريف من شروط صحة دعوة الإمامة الآتية =

كانت راجية لحصول شهادة تامة على يوم مولده وجب عليها التربص حتى تحصل الشهادة . فإن أيسر من ذلك رجعت إلى تقدير سني من هو مثله في العمر واحتاطت ويكفي الظن في رجوعهما إلى مثله فإن أعجزها ذلك بنت على الأقل وهو خمسة عشر سنة من مولده إلى يوم عقده بها سواء كان هو العاقد أو وليه .

﴿ ويصح ﴾ النكاح ﴿ بعدها ﴾ أى بعد صحة أحد الأمور الأربعة وهي رده أو طلاقه أو موته ، أو مضى عمره الطبيعي والعدة ، فتصح أحد هذه الأمور جاز النكاح بعد العدة . ولا بد عند أهل المذهب بعد مضى العمر الطبيعي من اعتبار الظن بموته بعد مضى هذه المدة ، ولا تستفقد من ماله والعبرة بظن الزوجة إن كانت بالغة عاقلة وإلا فولى النكاح أو من يريد نكاحها .

﴿ فإن ﴾ تزوجت امرأة المفقود بعد أن صح لها رده أو طلاقه أو موته أو مضى عمره الطبيعي والعدة ثم ﴿ عاد ﴾ ذلك المفقود وقد صارت تحت الثاني ﴿ فقد نفذ ﴾

== في السير في فصل (٤٥٦) أن تكون الدعوة من «مجتهد» في العلوم وليس المراد من شرط الاجتهاد ايتسكن من اجراء الشريعة على قوانينها إذ يتمكن من ذلك مع التقليد، بل المراد من شرط الاجتهاد ليكون منصفاً غير متمصب المذهب . من المذاهب ولائحة من التحل ولا يكون كذلك إلا المجتهد فمن كان كذلك فهو القائم في مقام النبوة مترجم عنها حاكم بأحكامها يرضيه المسلمون على اختلاف مذاهبهم . بها هجروا الجمود وجعلوا الانصاف رائداً إلى كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وآله وسلم . « نعم » وقد علقنا كل اختيار في عمله مستندين في النقل على ما نقلناه من المحكمة الشرعية الاستثنائية بعناء اليمن . ومن (صراط العارفين ، إلى إدراك اختيارات أمير المؤمنين) لناظمها وشارحها القاضي العلامة عبد الله بن عبد الرهاب المجاهد السباحي .

فمن اختياراته أيده الله : فسخ نكاح امرأة الغائب بأربعة شروط (الأول) إذا غاب الزوج غيبة منقطعة ولم يعرف في أى جهة وجهل حاله ، (الثاني) بعد مضى أربع سنوات ، (الثالث) اعساره واعسارها ولم يكن من أهلها من يلزم عليه الإنفاق لها ولا وجد من يتبرع بالإنفاق عن ذلك الزوج ، (الرابع) طلبها الفسخ اه .

نكاحها ﴿في﴾ الصورتين ﴿الأوليين﴾ وذلك حيث تزوجت وقد صح لها أنه كان ارتد أو طلق^(١) بالشهادة الكاملة لكن يشترط أن تكون تلك الشهادة قد حكم بها الحاكم ولم تجرح بعد الحكم بجمع عليه، فإن لم يكن قد حكم بها حاكم بقى النكاح الثاني موقوفاً على المرافعة والحكم فإن حكم لها ببينتها صح النكاح الثاني . وإن لم يحكم لها بطل نكاحها بالثاني ورجعت للأول لأن شهادتها خبير انكشف عدم العمل به .

﴿لا﴾ إذا عاد في الصورتين ﴿الآخرين﴾ وهما حيث تزوجت وقد كان صح لها موته . أو مضى عمره الطبيعي ﴿فيبطل﴾ النكاح الثاني ولو قد حكم الحاكم بذلك لأنه انكشف بطلان ما حكم به قطعاً . فأما لو لم يكن قد حكم به فأولى وهذا إذا صادفته الزوجة كونه الزوج الأول أو صادفه الزوج الثاني أو يقيم البينة على أنه الزوج ويحكم بها .

﴿و﴾ إذا بطل النكاح الثاني واستردها الأول وجب أن ﴿تستبرى﴾ له من ماء الثاني حيث قد وطئها ، فلا يطأها حتى يستبرئها بثلاث حيض إن كانت حائضاً وبثلاثة أشهر إن كانت صغيرة مدخولة أو آيسة فإن انقطع حيضها لعارض معروف أو غير معروف فبأربعة أشهر وعشر فلا يطؤها حتى يستبرئها بذلك أو بوضع الحمل إن كانت حاملاً وأمكن إلحاقه بالثاني فإن لم يمكن إلحاقه به بل بالأول فلا تعتمد به لأيهما .

﴿فإن مات﴾ الزوج الأول ﴿أو طلق﴾ أو ألحق أو فسخ النكاح بينهما بعد أن عاد ﴿اعتدت منه أيضاً﴾ فتقدم المرأة الاستبراء من الثاني ثم تعتمد لطلاق الأول أو موته . ﴿و﴾ الزوج الأول يجوز ﴿له الرجعة فيهما﴾ أي في المديتين باللفظ والعقد في الرجعي : وهما استبراؤها من الثاني وعدتها من الأول لكن ﴿لا﴾ يجوز له ﴿الوطء﴾

(١) وتثبت الخصومة في الطلاق بينها وبين الأول فإن أقرت بعد رجوع الأول أنه لم يطلق

ولم يتردد ثبتت الخصومة بين الزوجين ولا حكم لإقرارها لأنه يبطل حقه بذلك اهـ

ومقدماته ﴿في﴾ العدة ﴿الأولى﴾ وهي عدتها من الزوج الثاني لوجوب الاستبراء كما تقدم ﴿ولا حق لها فيها﴾ أي لا حق للمرأة في العدة الأولى على أي الزوجين من نفقة ولا كسوة ولا نسكى . ﴿و﴾ عدتها من الثاني والأول ﴿لا يتداخلان﴾ عندنا وصورة عدم التداخل أن تستبرى من الثاني بشهرين مثلاً ثم يطلقها الأول أو يموت بعد مضي الشهرين فإنها تستكمل عدة الاستبراء ثم تبتدى الثانية .

﴿ويحرم الجمع بين من لو كان أحدهما ذكراً حرم على الآخر﴾ هذا عقد ضابط لمن يحرم الجمع بينهما في النكاح ملكاً ونكاحاً كالأختين وكالعمة وبنت أخيها والخالة وبنت أخيها . وقوله «من الطرفين» احترازاً من أن يحرم أحدهما على الآخر من طرف واحد فقط مثل زوجة الرجل وبنته من غيرها فإنه يجوز للإنسان أن يتزوج بنت رجل وامرأة له غير أم البنت إذا كانت قد بانت منه لأنها إذا قدرنا الذكر هي البنت حرمت عليها المرأة لأنها امرأة أبيها وإن قدرنا المرأة هي الذكر لم تحرم عليها البنت لأنها تكون أجنبية .

﴿فإن جمعهما عقد﴾ واحد نحو أن يعقد على الأختين معاً أو على المرأة وبنت أخيها معاً أو نحو ذلك مع كونهما معاً ﴿حرتين أو أمتين بطل﴾ العقد لأنه لا تخصص لصحة إحداهما دون الأخرى . فأما إذا كانت إحداهما أمة صح نكاح الحرة وبطلت الأمة ^(١) لأن نكاح الأمة لا يصح إلا بشرط والحرة يصح من غير شرط فسكران هذا مخصصاً لصحة نكاح الحرة دون الأمة ﴿كخمس حرائر أو﴾ خمس ﴿إماء﴾ جمعن عقد واحد فإن العقد يبطل لعدم التخصص لإحداهن بخلاف ما لو كان بمض الخمس حرائر وبمضهن إماء فإن العقد يصح بالحرائر دون الإماء حيث كان الزوج حراً . قال الإمام عليه السلام ولم نقصد بقولنا كخمس قياس الأختين على الخمس وإنما أردنا مجرد التشبيه توصلنا إلى ذكر الخمس .

(١) حيث كان الزوج حراً لا عبداً فيبطل فيها وحيث تكونان قريبتين ولا يصح فيها اهـ .

﴿ لا ﴾ إذا جمع في عقد واحد بين ﴿ من يحل ﴾ له نكاحها ﴿ و ﴾ من ﴿ يحرم ﴾ عليه نحو أن يجمع في عقد بين رضيعته وأجنبية فإن العقد لا يبطل حينئذ ﴿ فيصح من يحل ﴾ دون من يحرم ففتعين الأجنبية دون الرضعة .

﴿ وكل وطء لا يستند إلى نكاح أو ملك صحيح أو فاسد لا يقتضى التحريم ﴾ فلو أن رجلاً وطئ امرأة حراماً أو غاطلاً أو بنكاح باطل أو ملك باطل لم يحرم عليه أصولها ولا فصولها ولا تحرم هي على أصوله ولا فصوله . وكذا لو وطئ أم امرأته لم تحرم عليه ابنتها ولو وطئ امرأة ابنه لم تحرم على زوجها ونحو ذلك . وأما إذا استند الوطء إلى نكاح أو ملك صحيحين أو فاسدين اقتضيا التحريم .

﴿ فصل ﴾

﴿ ١٤١ ﴾

﴿ ووليّه ﴾ أى ولى عقد النكاح فى الحرّة ﴿ الأقرب فالأقرب ﴾ فلا ولاية للأب بعد مع وجود الأقرب كالأخ مع الابن ولو من زنى حيث يعقد لأمه . قال فى الزهور : « وإذا زوج المرأة فضولى ولها وليّان صغير وكبير أو قريب وبعيد ثم مات الكبير أو القريب فليس للأب بعد الإجازة بل يبطل العقد لأنها ليست له حال العقد » . والأصغر ﴿ المكف ﴾ فلا ولاية للصبي والمجنون « الذكر » ﴿ الحر ﴾ الحلال الموافق فى الملة ﴿ من عصبة النسب ﴾ فلا ولاية للقريب الذى ليس بعصبة كالحال والأخ لأم لأنهما من ذوى الأرحام ، ولا ولاية لهم على النكاح إذا لم يكونوا عصبات .

﴿ واعلم ﴾ أن أقرب العصبة هو الابن ثم ابنه مازل ، ثم الآباء ، وأقربهم الأب ثم أبوه ثم كذلك ما علوا ، ثم الإخوة لأبوين ، ثم لأب ، ثم ابن الأخ لأبوين ، ثم لأب ، ثم الأعمام كذلك ، ثم بنوهم ، ثم أعمام الأب كذلك ثم بنوهم كذلك . . وابن الأخ لأب أولى : عقلاً ، وارتباً ، ونكاحاً : من ابن ابن الأخ لأبوين . وابن العم

أولى من أعمام الأب .

﴿ فرع ﴾ ومن لم يعرف تدرج نسب من العصابات حتى يلتقيا إلى جدد واحد بشهرة أو شهادة فلا يحكم له كما في الإرث والعقل .

﴿ فرع ﴾ وولي بنتى الرزى والملاعنة الإمام والحاكم لا عصبية أمها لأنه لا يكون حكمهم حكم العصبية إلا في العقل .

﴿ ثم ﴾ إذا لم يكن للمرأة عصبية من النسب فولى نكاحها عصبية ﴿ السبب ﴾ وهو معتقها إن كانت عتيقة فلو كانت المتيعة امرأة عينت من يقد لعتيقها وكذا أمها ونفسها حيث لاولى . ﴿ ثم ﴾ إذا كان السبب وهو المعتق قد مات أو غاب غيبة منقطعة أو نحو ذلك كانت الولاية إلى أقرب ﴿ عصبته ﴾ بشرط أن يكون جامعاً لتلك القيود من النسب فيكون ابن المعتق أولى ثم ابن ابنه ﴿ مرتباً ﴾ على ذلك التدرج في النسب سواء سواء . وأما عبد الصغير وأمه فولاية نكاحها إلى ولي مال الصغير . ﴿ ثم ﴾ إذا لم يوجد السبب ولا أحد من عصبته لأجل موت أو غيره فصاحب الولاية ﴿ سببه ﴾ وهو معتق المعتق . ﴿ ثم ﴾ إذا لم يوجد معتق المعتق فالولى ﴿ عصبته كذلك ﴾ أى مثل ذلك الترتيب الذى فى عصبية النسب . ﴿ ثم ﴾ إذا لم يكن للمرأة ولى من جهة النسب ولا من جهة السبب فولى نكاحها ﴿ الوصى به ﴾ أى بالنكاح فإذا كان ولى نكاحها قد أوصى إلى شخص أن يزوجه فإن هذا الوصى يكون بصفة ولى النكاح فهو أولى من الإمام والحاكم عندنا بشرطين : ﴿ أحدهما ﴾ أن يكون المييت قد أمر الوصى أن يقد عليها ﴿ لمعين ﴾ أى لشخص معين لا لو أمره أن يزوجه ولم يعين الزوج فالإمام أولى حينئذ . الشرط ﴿ الثانى ﴾ : أن تكون هذه الوصية ﴿ فى ﴾ حق ﴿ الصغيرة ﴾ عند المقد وفى حق المجنونة بشرط استمرار الجنون من وقت الإيصاء إلى وقت المقد ، وليس كالوصى من كل وجه لأنه لو مات هنا لم يصح أن يوصى إلى غيره ولا تعتبر العدالة . وأما فى حق الكبيرة المارقة فلا ولاية للوصى على نكاحها .

﴿ثم﴾ إذا لم يكن ثم وصى جامع للشرطين، أو كان موجوداً لكن تعذر لوجه فالولي هو ﴿الإمام والحاكم﴾ في حق الصغيرة والكبيرة إذا كانت ولاية الحاكم من جهة الإمام أو من جهة للصلاحيّة، فإن غاب الإمام والحاكم غيبة منقطعة كسائر الأولياء جاز للمرأة أن تعين من يزوجه .

﴿قيل ثم الوصى به في﴾ حق المرأة ﴿الكبيرة﴾ كالوصى بالمقد في حق الصغيرة والمختار للمذهب أنه لا ولاية للوصى به في حق الكبيرة وقد أشار الإمام عليه السلام إلى ضعفه بقوله قيل .

﴿ثم﴾ إذا لم يكن للمرأة ولي من نسب ولا سبب ولم يكن ثمة إمام ولا حاكم أو كانا موجودين لكن حصل عذر مما سيأتي إن شاء الله تعالى وأرادت أن تزوّج فإنها ﴿توكل﴾ رجلاً بالغاً عاقلاً حراً يزوّجها إذا كانت بالغة عاقلة، وهذا في الحقيقة تعين منها للولي وليس بتوكيل حقيقة . قال في الكواكب : « فلو زوّجها فضولي ثم أجازت صح لأن إجازتها بمعنى الرضى وكذا لو زوجه من نفسه » . وأما إذا كانت صغيرة فولّيتها من صلح من المسلمين كولاية اليتيم عند الهدوية وهو المختار للمذهب .

﴿مسألة﴾ قال في البيان : « والأولياء على أربعة ضروب : الأول منهم من ولايته في النكاح والسفر معاً وهو المصيبة المحرم الحر المسلم ، ومنهم من لا ولاية له فيهما معاً وهو الكافر على المسلمة ، ومنهم من ولايته في السفر لا في النكاح وهو المسلم المحرم على الكافرة وذوى الأرحام المحارم من الرضاع والعبد المحرم ، ومنهم من ولايته في النكاح لا في السفر وهم المصبات غير المحارم والوصى بالنكاح » .

﴿و﴾ إذا كان للمرأة أولياء متعددون فإنه ﴿يكنى﴾ في عقد نكاحها ﴿واحد﴾ منهم إذا كانوا ﴿من أهل درجة﴾ نحو أن يكون لها بنون أو أخوة من أب وأم جميعاً أو من أب جميعاً . وكذا لو أعتقها جماعة فإنه يكتفى واحد منهم ولا يحتاج إلى مراضاة الآخرين مهما كان الزوج كفواً، وإلا فلهم الاعتراض إذا كان عليهم غضاضة

﴿إلا الملاك﴾ فلا يكفي واحد منهم في عقد الأمة المشتركة بل لابد من رضاهم جميعاً أو يوكالوا أحدهم يعقد لها برضى الآخرين .
 ﴿ومتى﴾ ادّعت امرأة مكلفة أنه لا ولي لها و ﴿نفّتهم﴾ ونسبها غير معروف في الجمة بأن تكون ﴿غريبة﴾ يعني مجهولة النسب ﴿حلفت احتياطاً﴾ يعني ندباً من الحلف بأنه لا ولي لها وأنها خلية عن موانع النكاح ، وأما هي فيجب عليها إن طلبت منها وزوجها الإمام أو الحاكم أو من تعينه، فلو نسكت لم يزوجه إلا أن تترك اليمين حياء وحشمة كان له أن يزوجه ، وكذا لو نسكت ثم رجعت قبل قولها . فإن عرف نسبها قبل أن يزوجه بحث عنه إن أمكن ووجب البحث على من أراد التزويج منها أو من الزوج . فان ظهر لها ولي من بعد ولم تكن تعرفه فلا اعتراض له لأن ولايته قد بطلت بغيته وإن تزوجت غير كفو إلا لفضاضة فله الاعتراض .

﴿وتنقل﴾ ولاية النكاح ﴿من كل﴾ واحد من الأولياء ﴿إلى من يليه﴾ منهم ﴿فوراً﴾ بلا انتظار في الكبيرة والصغيرة^(١) بأحد أمور ستة : ﴿الأول﴾ ﴿بكفره﴾ أى باختلاف الملة ﴿و﴾ ﴿الثاني﴾ ﴿جنونه﴾ ولو صرعاً والعبرة بالعارض حال المقد وإن قل إلا إذا كان زوال عقله بالمسكر أو البنج فينتظر ولا تبطل ولايته .
 ﴿و﴾ ﴿الثالث﴾ ﴿غيته﴾ غيبة ﴿منقطعة﴾ في حق الحرية وأما الأمة فلا يزوجه إلا سيدها ، واختلفوا في تحديد مسافة الغيبة المنقطعة . فالصحيح للمذهب أنها شهر لا يزيد ولا ينقص لمدة الذهاب والرجوع من يوم إرادة العقد والعبرة بموضع الزوجة . قال في فتح الغفار^(٢) : « وسواء ذلك في حق الأولياء وحق ذى الولاية في الأصح كما هو ظاهر الأزهار وكما ذكره الإمامان » يعني صاحب الأزهار وحفيده الإمام

(١) ماعدا البطل في الصغيرة فلا تنتقل به الولاية إه .

(٢) كلما عزوانه إلى الفتح أو فتح الغفار فالمراد به « فتح الغفار المطعم لأثمار الأزهار » لمؤلفه القاضي العلامة يحيى بن محمد بن حسن حميد - نظم الحاء - رحمه الله اه .

شرف الدين صاحب الأثمار .

﴿فرع﴾ وتبطل ولاية الغائب في غيبته المنقطعة وكذا إذا وكل ثم بطلت ولايته بالغيبة بطلت الوكالة . فإن تزوجت غير كفو فالذهب أن للغائب الاعتراض إذا كان عليه غضاضة . فإن تحققت غيبته المنقطعة ثم عقد عليها الولي الحاضر أو عيّنت من يزوجه بناء على الأصل أنه باق في المسافة المنقطعة ثم وصل عقيب العقد فالذهب أيضاً أنه لا يصح العقد اعتباراً بالانتهاء وكذا في تمذر الموصلة ونحوها بخلاف ما لو خفي مكانه ثم عرف بعد العقد فقد صح العقد .

﴿و﴾ ﴿الرابع﴾ هو ﴿تمذر مواسلته﴾ حال العقد ولا عبرة بطول المدة وقصرها ولا يجب بذل المال وإن قل وذلك نحو أن يكون في سجن ولم يتمكن من مواسلته أو في مكان طريقه مخوفة أو غير معروفة . ﴿و﴾ ﴿الخامس﴾ هو ﴿خفاء مكانه﴾ حال العقد ولو داخل الميل نحو أن يكون موجوداً في بلد أو ناحية ولا يعلم في أي جهة هو ولا يحصى طلبه في مدة الغيبة المنقطعة . ﴿و﴾ أما ﴿السادس﴾ وهو أن يعضل الولي من إنكاحها لغير عذر فإن ولايته تنتقل ﴿بأدنى عضل في﴾^(١) حق ﴿المكيفة الحرة﴾ وحقيقة المضل^(٢) هو أن يتمتع الولي من تزويج البالغة العاقلة الحرة الراضية من الكفو لاليتعرف حاله فلا يكون عاضلاً إلا بهذه الشروط، فلو امتنع من تزويج الصغيرة لأنه لا رضاء لها أو المجنونة أو الأمة أو امتنع قبل أن ترضى أو امتنع لأجل عدم الكفاءة أو امتنع ليعترف حاله، وإذا ادعى بعد الإمهال لتعرف حاله عدم الكفاءة بين ذلك . أو امتنع للصلاة حيث يضيق الوقت لم يكن عاضلاً . وأدنى

(١) أما إذا عرفت أنها تلحقها الضرر من وليها إذا طلبت تزويجها كان عاضلاً وجاز أن تبين من يزوجه حيث لا قريب غيره ولا إمام ولا حاكم اهـ .
(٢) المضل بفتح الميم وإسكان الصاد هو منع الولي الأيم من التزويج . قال أهل اللغة: المضل المنع، يقال عضل فلان أيمه إذا منعها من التزويج، فهو يعضلها ويعضلها بكسر الصاد وضمها اهـ .

المضل أن يقول أمهلوني حتى أصلي وهو لا يخشى فوات الوقت الاختياري حيث كان مذهبه التوقيت أو الاضطراري مطلقاً ، أو يقول أزوجه في ساعة أخرى ولا عذر له في الحال أو يطلب ما يعتاد الناس من شرط: أى جعل ، أو غيره أو متى رجعت أنا أو رجعت هي إلى بيتي^(١) انتقلت ولايته إلى الأقرب بعده ، وكذا لو امتنع من تزويجها خوفاً على نفسه فلا يأنم وتنتقل الولاية إلى من بعده ، وإذا زوجها الولي الثاني من غير كفو فللماضل الاعتراض إذا كان عليه غضاضة ، فإن رجع الولي الأول عن المضل قبل الإنكاح عادت ولايته . فلو عقد القريب أو الحاكم بعد الرجوع قبل العلم لم يصح ، وأما لو زوج المكلفة الحرة فضولي^٢ وامتنع الولي من الإجازة لم يكن عاضلاً لأن العقد حق له .

﴿ و ﴾ إذا ادّعت المرأة أن وليها عضلها أو نحو ذلك من الأمور الخمسة المتقدمة فانه ﴿ لا يقبل قولها فيه ﴾ أى في ذلك كله لأنها تحاول إبطال حق قد أقرت بثبوته لأن الإنكاح حق للولي فلا يبطل بدعوى المرأة ما لم يثبت ذلك عند من يريد تزويجها من الإمام أو الحاكم أو غيرهما ، ولا يكفي خبر الواحد في وقوع المضل من الولي بل لابد من شهادة كاملة سواء كان ثمة خصم منازع لها أم لا .

﴿ فصل ﴾

﴿ ١٢٢ ﴾

﴿ و ﴾ النكاح ﴿ شروطه ﴾ التي لا يصح إلا بها ﴿ أربعة ﴾ : ﴿ الأول ﴾ ﴿ عقد ﴾ والمقد له خمسة أركان : ﴿ الأول ﴾ أن يقع ﴿ من ولي ﴾ النكاح فلا يصح من المرأة أن تزوج نفسها . وإنما يصح العقد إذا وقع من ولي ﴿ مرشد ﴾^(٢) بالغ عاقل ولو كان

(١) اللهم إلا أن يكون عليه غضاضة في تزويجها في غير بيته لم يكن عاضلاً اهـ .

(٢) وقد تقدم مثل هذه العبارة في الجزء الأول صفحة (١٨٣) في الزكاة فينظر ما وجه

عدوله عن العبارة المعتادة وهي مكلف ، هل للتفتن في العبارة أو لنكتة غير ذلك اهـ .

فاسقاً ﴿ذكر﴾ حر لأنه لا ولاية لامرأة^(١) ولا لعبيد ﴿حلال﴾ احتراز من الولي المحرم بمحج أو عمرة أو مطلقاً فإن عقده لا يصح عندنا ولا فرق بين أن يكون الإحرام صحيحاً أم فاسداً ولا فرق بين أن يكون الولي إماماً أو غيره ، ومن حق الولي أن يكون ﴿على ملته﴾ أى ملة المرأة التى يزوجه ، فإن اختلفت ملتهما لم تكن له ولاية عليها نحو أن تكون للمسلم بنت ذمية بالغة عاقلة وأرادت النكاح ، فإن كان لها أولياء ذميون تزوجه أقربهم إليها وإن لم يكونوا فتوكل رجلاً من أهل ملته ، فإن كانت صغيرة فهي مسلمة بإسلام أبيها .

﴿الركن الثانى﴾ أن ينعقد ﴿بلفظ تمليك﴾ خاص بالتزويج كزوّجت أو أنكحت أو نحوها أو عام كملكك ونذرت وتصدقت وبعثت ووهبت^(٢) ﴿حسب﴾ ما يقتضيه ﴿العرف﴾ فى تلك الناحية أى ما جرى فى عرفهم أنه لفظ تمليك صح النكاح به بحيث لو جرى عرف فى ناحية أن أعرتك أو أنمكتك بمعنى ملكتك صح النكاح به . ولا يصح بلفظ الإجازة ، وأما ما جرى به العرف أنه تمليك مخصوص بالجنس مخصوص نحو اشتطت فإنه يستعمل فى تمليك الحب ، وصرفت فإنه يستعمل فى بيع الدراهم فيها هو من جنس النقود فلا ينعقد به إلا تمليك ذلك الجنس فقط .

﴿الركن الثالث﴾ أن يكون لفظ التمليك متناولاً ﴿لجميعها أو بضمها﴾ إذ هو المقصود بالتمليك بالنكاح فيقول زوجتكها أو ملكتك إياها أو زوجتك بضمها أو ملكتك بضمها ، فأما لو قال زوجتك يدها أو رجلها أو رأسها لم ينعقد النكاح وكذا ثلثها أو ربعها . ولا فرق بين أن يحصل عقد الولي ﴿أو إجازته﴾ لمقد صحيح بعد أن

(١) قال فى حاشية السحولى : « فلو كانت المرأة مالكة أو معتقة وكلت من يملك لملوكتها وعتيقتها وهو تعيين فى التحقيق لا توكيل حقيقة اهـ .
(٢) ما لم يقصد بذلك فى الحرة تمليك الرقة لم ينعقد نكاحاً ، فإن كانت أمة انصرف إلى رقبته ما لم يتقدم طلب نكاحها أو يتصادق على أنه المراد اهـ .

وقع من فضولى فإنه ينفذ النكاح بإجازته كما ينفذ بعقده . وطلب الولى المهر لإجازة كطالب الثمن وكذا قبض المهر أو الكسوة أو نحوهما فيكون الفعل لإجازة ﴿قيل ولو﴾ زوجت المرأة نفسها فأجاز الولى ذلك نفذ ﴿عقدها﴾ ذكر ذلك أبو العباس، والمختار وهو قول المؤيد بالله أن ذلك لا يصح أصلاً سواء كانت الإجازة فى مجلس العقد أو فى غيره .

﴿أو﴾ حصل ﴿عقد﴾ من فضولى ذكر ﴿صغير مميز﴾ وهو من يعرف ما يتصرف فيه وما يتكلم به هل ينفع أو يضر فأجاز الولى عقده انعقد النكاح بالإجازة ولو لم يكن مأذوناً كما يصح توكيل الصبي غير المأذون فى البيع . وسواء كان لإجازة العقد من الولى ﴿أو من نائبه﴾ نحو أن يوكل الولى من زوج المرأة فعقد لها فضولى فإن الوكيل يصح أن يجيزه ولو لم يفوض . ولا بد أن يكون الوكيل ﴿غيرها﴾ أى غير امرأة فلا يصح توكيل المرأة أن تزوج نفسها أو غيرها . فأما لو وكل المرأة أن توكل عنه من زوجها فإن ذلك يصح والوكيل وكيل له لا لها لأنها لو أرادت أن تمزله لم يكن لها ذلك .

﴿و﴾ الركن ﴿الرابع﴾ أن يقع ﴿قبول﴾ لعقد النكاح ﴿مثله﴾ أى مثل العقد وذلك لأن من حق العقد أن يكون ماضياً مضافاً إلى النفس مشتملاً على جميعها أو بعضها، فيقول فيه زوجتك أو أنكحتك ويصح بدون كاف الخطاب فيقول زوجت أو أنكحت . فلو قال أزوج لم يصح ، ولو قال زوج من غير إضافة لم يصح . ولو قال زوجتك يدها أو رأسها لم يصح . ويجب أن يكون القبول مثله فى ذلك فيقول قبلت أو تزوجت، فلو قال أزوج لم يصح، ولو لم يصفه إلى نفسه لم يصح نحو أن يقول تزوج أوقبل ولو قال قبلت نصفها أو رأسها أو نحو ذلك لم يصح، وكذا لو قال الولى زوجتك فلانة فقال قبلت بضمها فلا يصح لأنه لم يطابق . فإن قال زوجتك بضع ابنتى فقال قبلت بضمها أو قبلت جميعها صح لمعوم لفظ القابل لما أوجب عليه الولى وزيادة . فظهر

لك أن من حق القبول أن يكون مثل الإيجاب أو أعم منه في هذه الأمور وذلك هو المقصود بقول الإمام عليه السلام « مثله » والسؤال يغني عن القبول فلو قال زوجني ابنتك فقال زوجتك لم يحتاج إلى قبول .

﴿ فرع ﴾ ويصح العقد باض ومستقبل يلفظ الأمر وبنعم إذا كانت جواباً لما مضى مضافاً إلى قائل نعم ، وكذا فعلت في حكمها وإيه وآه نحو زوجتني ابنتك فقال أبوها نعم أو فعلت : وكذا لو قال الولي قد استنكحت ابنتي أو تزوجتها فقال الزوج نعم .. أو قال تزوج ابنتي فقال تزوجت أو قال زوجني ابنتك فقال زوجت صح العقد .

ولا بد أن يكون القبول ﴿ من مثله ﴾ أى مثل الولي في صفاته التي تقدمت وهي كونه مرشداً^(١) ذكراً حراً ، حلالاً ، على ملته ، ولا بد أن يكون هو المتزوج أو نائبه أو فضولى وتلحقه الاجازة من الناكح ولا يصح توكيل المرأة على القبول .

﴿ الركن الخامس ﴾ أن يكون القبول واقعاً ﴿ في المجلس ﴾ الذي وقع فيه الإيجاب وهو ما حواه الجدار في العمران وما يسمع فيه الخطاب المتوسط في القضاء لا لو وقع الإيجاب في مجلس وانتقلا عنه قبل القبول ولو لم يفتقرا فإنه لا يصح بل لا بد أن يقع القبول والإيجاب في مجلس واحد فلو كانا في سفينة أو سيارة أو طائرة ووقع الإيجاب وسارت بهما ووقع القبول في غير محل الإيجاب فإنه يصح بخلاف ما إذا كانا في سفينتين أو نحوهما أو على بهيمتين فلا يصح سواء سارتا بهما أم لا . ولا يشترط عندنا أن يقع القبول عقيب الإيجاب فوراً وإلا بطل إذا تراخى ولو قليلاً بل يشترط أن يقع القبول ﴿ قبل الأعراض ﴾ أى لا يتخلل بين الإيجاب والقبول من المتزوج إن تقدم الإيجاب أو من الموجب إن تقدم القبول أمر يفهم من حاله أنه معرض عن القبول

(١) قال في الوابل « غالباً » احتراز من الصبي المميز والعبد حيث اذن لهما فيصح مع أنهما ليسا مثل الولي . قلت : والولي كذلك يصح أن يكون أحدهما مع الإذن له بمن له الولاية فلملا لا حاجة إلى ذكر غالباً هنا فليتأمل انتهى .

نحو أن يقوم القابل بعد سماع الإيجاب أو يقوم الموجب إن تقدم القبول فإن إعراض أحدهما موجب لعدم صحة العقد .

﴿ و ﴾ الإيجاب والقبول ﴿ يصحان بالرسالة ﴾ من الزوج أو من الولي ولو كان الرسول كافراً أو امرأة أو صبيّاً مميّزاً أو عبداً محرماً . ﴿ و ﴾ يصحان بـ ﴿ الكتابة ﴾ وصورة الرسالة أن يقول المرسل قل لفلان يزوجني ابنته أو يتزوج بابنتي . فيصحى الرسول لفظ المرسل أو معناه فكان الناطق هو المرسل . ثم يقول المرسل إليه زوجت أو تزوجت أو قبلت . ولا يحتاج رسول التزوج إلى القبول بل ينعقد النكاح بقول الولي زوجت ويصح أن يكون الرسول أحد الشاهدين إذا كان عدلاً لأنه حاك عن المرسل فكان المرسل حاضر .

وأما الكتابة ولو المكتوب إليه في المجلس نحو أن يقول في كتابه زوجني ابنتك أو تزوج ابنتي ثم يقول المكتوب إليه زوجت أو تزوجت . ولكن يشترط في الكتابة معرفة الشهود لكتابه وأن يقرأ على الشهود الإيجاب والقبول مجتمعين وفي الرسالة أن يسمع الشهود ذلك مجتمعين أيضاً فإن لم يكن ثمة شهود عند ذلك كرهه عند حضورهم وكان لفظ الكتاب أو المرسل كالتكرار فيزوج في ذلك المجلس أو في غيره ما لم يمرض .

﴿ فرع ﴾ والكتابة صريح في النكاح وفي البيع لأنه عقد بينه وبين غيره فلا كناية فيهما ولا تعويل على النية فيهما بخلاف الطلاق واليمين فهو كناية فيهما لأنهما لفظ بينه وبين نفسه فكان لنتيته حكم فيهما . هذا لفظ البيان ويالحق بذلك الخلع يعنى بالطلاق، فيصح بالكتابة تبماً إن كان عقداً بينه وبين غيره كالبيع فلا تنعزم به القاعدة بل يقع الطلاق . والمراد أن الكتابة صريح في النكاح والبيع وكناية في اليمين والطلاق وكذا الخلع .

﴿ و ﴾ الإيجاب والقبول يصحان أيضاً ﴿ من المصمت والأخرس ﴾ بالكتابة

أو ﴿ بالإشارة ﴾ الفهمة لمقد النكاح أو بالكتابة إذا أمكن فهي أظهر من الإشارة ، فالمصمت هو الذى عرض له مانع من الكلام لأجل علة عرضت وقد كان مفصحا ولو مما يرجى زواله كوجع الحلق . والآخر من هو الذى لم تصلح آلة الكلام فيه فلم يتكلم من مولده .

﴿ و ﴾ يصح ﴿ اتحاد متوليها ﴾ أى يصح أن يتولى الإيجاب والقبول واحد فى النكاح: إما بالوكالة من الزوج والولى أو بالولاية على نحو صغيرين أو مجنونين أو بالملك على نحو مملوكين له . قال فى حاشية السجولى : « وقد دل على هذا قولهم فيمن أعتق أمته وجعل عتقها مهرها أنه يصح أن يقول تزوجتك على أن يكون عتقك مهرك أو نحو ذلك ، فجاز تولى الطرفين من واحد بلفظ واحد » « قلت » وللولى والإمام والحاكم ووكيل المرأة ووكيل الولى المفوض أن يزوجها من نفسه إذا رضيت ويتولى الطرفين بلفظ واحد نحو تزوجتك أو زوجت نفسى فلانة أو تزوجت فلانة لنفسى أو تزوجت فلانة لأن فيه معنى الإيجاب والقبول ولا يحتاج أن يقول وقبلت . وكذا يصح اتحاد متوليها لو فعل فضولى الإيجاب والقبول واتفقت الإجازة من الولى والزوج نفذ النكاح .

ولا بد أن يكون المتولى للإيجاب والقبول ﴿ مضيفا ﴾ لفظا ﴿ فى اللفظين ﴾ معا أى يضيف الإيجاب إلى الولى والقبول إلى الزوج : فيقول وكيل الزوج والولى زوجت فلانة عن فلان وقبلت لفلان ، هذا معنى الإضافة فى اللفظين وهما الإيجاب والقبول ويكفى لفظ واحد حيث يقول تزجت لفلان فلانة لأنه يحصل به فائدة القبول وهى الاخبار بالوضى فلا يحتاج الإضافة فى لفظة تزوجت إلى الولى . وأما زوجت فلا بد من الإضافة إلى الولى كما تقدم مثاله .

﴿ و ﴾ ن ﴿ لا يضيف ﴾ الوكيل النكاح إلى الموكل ﴿ لزمه ﴾ النكاح وكانت زوجة له ﴿ أو بطل ﴾ المقد ولم تكن له ولا للموكل . أما الصورة التى يلزمه فيها النكاح

وتسكون زوجة له لا للموكل فهي أن يكون الوكيل في الطرفين واحداً وذلك حيث وكله ولي المرأة على تزويجها مطلقاً ولم يعين الزوج أو يفوضه أن يزوجه من شاء ووكله الزوج أن يزوجه له فيقول قد تزوجت فلانة ولا يقول لفلان فإنها في هذه الصورة تكون زوجة له . وأما حيث لا يتحد المتولى للطرفين فذلك حيث يقول الولي زوجتك فلانة فيقول الوكيل قبلت ولم يقل الولي زوجتك لفلان ولا الوكيل قبلت لفلان فهي في هذه الصورة تسكون زوجة للوكيل ولو نَوَّياً معاً كونها للموكل .

وأما حيث يبطل العقد بترك الإضافة : فذلك حيث يتولى الطرفين واحدٌ نحو أن يوكله الولي أن يزوجه من زيد ووكاه زيد أن يزوجه له فيقول قد تزوجت فلانة ولا يقول لزيد فلا يصح نكاحها له ولا لزيد ولا تكفي نية كونها لزيد فالتكاح هاهنا باطل لعدم الإضافة لفظاً . وللوكيل تجديد ما وكل فيه ولا ينعزل بالباطل ... وأما حيث يتولى الطرفين إثنان فذلك حيث تحصل الإضافة من أحد الجانبين نحو زوجت منك ابنتي لفلان فقال الوكيل قبلت ولم يقل له بطل . أو حيث يضيف أحدهما إلى غير من أضاف إليه الآخر نحو أن يقول زوجتك ابنتي لعل فيقول قبلت لخاله فإنه يبطل .

ويبطل النكاح مع العلم **(ويفسده)** مع الجهل أمور أربعة **(الأول)** **(الشغار)** بكسر الشين وهو أن يزوج كل واحد من الرجلين ابنته من الآخر على أن يكون بضع كل واحدة منهما مهراً للآخرى فهذه المسئلة فيها أربعة أطراف: إن لم يذكر البضعان ولا المهران صح ويلزم مهر المثل . وإن ذكر البضعان ولم يذكر المهران ولا أحدهما فإنه يفسد مع الجهل ويبطل مع العلم . وإن ذكر البضعان أو المهران أو أحدهما وإن قل صح نكاحهما معاً عندنا . وإن ذكر بضع أحدهما دون الأخرى ولم يذكر مهر لم يصح النكاح في التي ذكر بضعها وصح في التي لم يذكر بضعها .

(و) **(الثاني)** **(التوقيت)** للنكاح سواء كان بوقت معلوم أم مجهول

في الإيجاب نحو أن يقول زوجتك بنتي شهراً أو حتى يأتي الحجيح أو نحو ذلك أم في القبول نحو أن يقول قبلت هذا النكاح شهراً أو نحو ذلك فإن هذا يفسد مع الجهل ويبطل مع العلم لتوقيته . ومن المؤقت نكاح المتعة وهو عندنا وجمهور الأمة محرم^(١)

(١) وقالت الإمامية إن نكاح المتعة حلال ويعززون ذلك إلى الصادق والباقر . وحقيقة المتعة كما في كتب الإمامية « هي النكاح المؤقت بأمد معلوم أو مجهول » وغايته إلى خمسة وأربعين يوماً بعوض معلوم ما لم يقل فاذا مضت المدّة وأردت المقام بعد ذلك على ماضى فامضى من المروط بقينا عليه فتجدد المتعة والأجرة وهو العوض . ويرتفع النكاح بانقضاء الوقت في النقطعة الحيض وبمحضتين في الحائض وبأربعة أشهر وعشر في التوفي عنها زوجها . وحكمه أن لا يثبت لها مهر غير المشروط ولا تثبت لها نفقة ولا توارث ولا عدة إلا الاستبراء بما ذكر ولا يثبت به نسب إلا أن يشترط وتحرم المصاهرة بسببه . هذا كلامهم .

وقد ثبتت في صدر الإسلام ونسخت بعد ذلك قطعاً بعدة أحاديث ، واستقر الإجماع على تحريمها إلا ما يروى عن الإمامية فغير معتد بخلافهم . وما ورد فيها « عن سلمة بن الأكوع رضى الله عنه قال : رخص رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عام أوطاس في المتعة ثلاثة أيام ثم نهى عنها » رواه مسلم وأوطاس واد بديار هوازن كانت فيه غزوة بعد الفتح . فدل هذا الحديث على أنه صلى الله عليه وآله وسلم رخص في المتعة ثم نهى عنها واستمر النهى ونسخت الرخصة . وإلى نسخها ذهب الجماهير من السلف والخلف وقد روى نسخها بعد الترخيص في ستة مواطن : « الأول » في خير « الثاني » في عمرة القضاء « الثالث » عام الفتح « الرابع » عام أوطاس « الخامس » غزوة تبوك « السادس » في حجة الوداع ، فهذه التي وردت إلا أن في ثبوت بعضها خلافاً ، قال النووي : الصواب أن تحريمها وإباحتها وقعا مرتين فكانت مباحة قبل خير ثم حرمت فيها ، ثم أبيحت عام الفتح وهو عام أوطاس ثم حرمت تحريماً مؤبداً ، وإلى هذا التحريم ذهب أكثر الأمة ، وذهب إلى بقاء الرخصة جماعة من الصحابة وروى رجوعهم وقولهم بالنسخ ، ومن أولئك ابن عباس روى عنه بقاء الرخصة ثم رجع عنه إلى القول بالتحريم . قال البخاري : بين على رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه منسوخ ، وأخرج ابن ماجه عن عمر باسناد صحيح أنه خطب فقال : ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أذن لنا في المتعة ثلاثاً ثم حرمها ، والله لا أعلم أحداً تمتع وهو محسن إلا رجته بالحجارة . وقال ابن عمر نهانا عنها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وما كنا مسافحين . . إسناده قوى . والقول أن إباحتها قطعى ونسخها ظنى غير صحيح لأن الراوين لإباحتها رويوا نسخها وذلك إما قطعى في الطرفين أو ظنى في الطرفين معاً . . قال في نهاية المجتهد : انها تواترت الأخبار بالتحريم إلا أنها اختلفت في الوقت الذي وقع فيه التحريم اه .

﴿ قيل ﴾ القائل الفقيه حسن وهو أن توقيت النكاح مفسد إذا كان ﴿ بغير الموت ﴾ لا به فلا يفسد إذا وقت مدة حياتهما أو حياة أحدهما . والمختار فساد النكاح بالتوقيت مطلقاً ولو وقت بالموت ولهذا أشار الإمام عليه السلام إلى ضعف هذا القول بقوله قيل .
﴿ و ﴾ ﴿ الثالث ﴾ ﴿ استثناء البضع ﴾ من المرأة أو بعضه على جهة الدوام أما لو كان مدة معلومة كأن لا يطأها سنة صح العقد ويلغو الشرط . وسواء كان المستثنى الولي أم الزوج : أما استثناء البضع فهو أن يقول زوجتك ابنتي إلا بضعها وأما استثناء غير البضع نحو اليد والرأس والاستمتاع ، وأما استثناء المشاع فتحو أن يقول زوجتك ابنتي إلا نصفها أو إلا ثلثها أو نحو ذلك لأنه يدخل فيه بعض البضع فيفسد مع الجهل ويبطل مع العلم .

﴿ و ﴾ ﴿ الرابع ﴾ من مفسدات العقد هو أن يذكر فيه ﴿ شرط مستقبل ﴾ مقارن نحو أن يقول زوجتك إن جاء فلان غداً أو إن شفى الله مريضى أو إذا طلعت الشمس أو نحو ذلك . فأما لو كان الشرط حالياً أو ماضياً نحو إن كنت قرشياً أو إذا كان قد حصل كذا أو نحو ذلك فإن هذا الشرط لا يفسد به العقد ولا ينفذ إلا إذا انكشف حصول الشرط . وسيأتى أبسط من هذا في فصل « ٢٠٣ »

﴿ فرع ﴾ اعلم أن كل شرط مستقبل إن جرى به على جهة لفظ العقد نحو على أن تطلق فلانة أو على أن لا تسكن بلد كذا صح العقد ولغا الشرط إن لم يكن غرضاً فإن كان غرضاً ولم يف به وفيت مهر المثل ، وإن جرى به بلفظ الشرط نحو ان طلقت فلانة أو إن لم تفعل كذا فقد زوجتك فسد به العقد إلا أن يكون حالياً نحو إن كنت ابن فلان فقد زوجتك فلا يفسد به العقد .

﴿ ويلغو شرط ﴾ أى عقد ﴿ خلاف موجب ﴾ ^(١) أى إذا وقع في العقد ما يقتضى

(١) ومن اختيارات إمام العصر أيده الله ازوم بقاء الزوجة بمسكنها أو وطنها إذا كانت الشرط منها أو من وليها مقارناً للعقد أو متواطئاً عليه إذ الشرط أملك .

خلاف ما يوجب العقد كان الشرط - إذا أتى به على صفة العقد - لنوأ أى لاحكم له وكأنه لم يذكر فيصح العقد ويبطل الشرط وذلك نحو أن يقول على أن أمر طلاقها إليها أو على أن لا مهر لها أو على أن لا يخرجها من جهة أهلها أو على أن نفقتها عليها أو نفقته أو أن أمر الجماع إليها : لكن إذا نقصت له شيئاً من المهر لأجل أحد هذه الشروط فإن وفى بذلك الشرط صح النقصان وإن لم يف رجعت عليه بما نقص من مهرها (غالباً) احترازاً من أن تشرط هي أو وليها أو الزوج : أن لا يطأها رأساً فإن هذا الشرط يخالف موجب العقد ولا يلغو بل يفسد به العقد . وأما إذا كان الشرط على أن يطأها مدة معلومة نحو حتى تصلح فيصح العقد ويلغو الشرط . وكذا شرط الخيار في النكاح لا يفسده فيصح العقد ويلغو الشرط . قال في البيان وهامشه : ومن قال زوجتك ابنتي على زواج ابنتك منى فقال زوجتك أو زوجت أو قبلت أو تزوجت صح العقدان معاً . وكذا لو قال زوجني ابنتك على زواج ابنتي منك فقال زوجت أو تزوجت أو قبلت صح العقدان أيضاً لأن المعنى قبلت . زواج ابنتك على زواج ابنتي منك ، فالقبول وقع لما شمله العقد . فأما لو قال زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك فقال تزوجت أو قبلت فإنه يصح الأول لا الثاني ، فإن قال المجيب زوجت لم يصح أيهما لأنه لم يجب على الأول بجواب قبلت أو تزوجت ، وكذلك ان قال زوجني ابنتك على أن أزوجك ابنتي صح الأول فقط لأنه قد حصل فيه الإيجاب والقبول فإن قال تزوجت لم يصح أيهما .

﴿و﴾ الشرط الثاني ﴿من شروط النكاح﴾ (إشهاد عدلين^(١)) فلا يصح العقد

(١) قال في روضة النوى : وما يتعلق بأدابه العقد أنه يستحب إحضار جماعة من أهل الصلاح زيادة على الشاهدين وأن يتوى بالنكاح المقاصد المرعية لإقامة السنة وصيانة دينه وغيرها ويستحب الدعاء للزوجين بعد العقد « بارك الله لك وبارك عليك وجمع بينكما في خير » « قلت » ويكره أن يقال : بالرفاء والبين لحديث ورد فيه بالهوى عنه ولأنه من ألفاظ الجاهلية . والرفاء : اللثام والاتفاق . انتهى .

إلا بحضور شاهدين وسماعهما الإيجاب والقبول تفصيلاً وإن لم يقصد إلهادهما. ومذهبنا والشافعي أن العدالة فيهما شرط وهي عندنا كعدالة إمام الصلاة فلا يحتاج إلى اختبار ويصح أن يكون الشاهدان من أولياء المرأة غير العاقد ﴿ولو﴾ كان الشاهدان ﴿أعميين﴾ فإن شهادتهما تكفي لأصميين أو أعجميين عند العرب أو العكس على وجه لا ينفقها اللغة إلا إذا كان الزوج والولي أخرسين وعقد بالإشارة فيكفي لأن العمدة حينئذ على النظر لا على السمع ﴿أو﴾ كان الشاهدان ﴿عبديهما﴾ أى عبدى الزوج والزوجة أو أحدهما فإن النكاح يصح بشهادتهما ولو لم يحكم بشهادتهما فى النكاح والمهر والمراد هنا ما يثبت به العقد فينمقد بهما ﴿أو رجل وامرأتين﴾ أو خنثيين لارجل وخنثى تغليماً لجانب الحظر .

﴿و﴾ يجب ﴿على العدل التتيم﴾ أى يجب على الشخص الذى يعرف من نفسه العدالة أن يتم شهادة النكاح إذا كانت ناقصة ومذهب الزوجين اشتراط العدالة نحو أن يوجد شاهد عدل ولا يوجد سواه فى الميل وثم إنسان آخر يعرف من نفسه العدالة فإنه يجب عليه حينئذ أن ينضم إلى ذلك الشاهد ليتم الشهادة وإن لم يطلب . وإنما يتمين عليه الوجوب ﴿حيث لا﴾ يوجد عدل ﴿غيره﴾ فأما إذا كان يوجد غيره ممن لا يمتنع عن الحضور لم يتمين الوجوب على هذا إلا أن يعرف امتناع ذلك الغير .

﴿و﴾ إذا حضر العقد شاهدان أحدهما فاسق وظاهره السلامة وهو يعرف أن مذهب الزوجين اشتراط العدالة وجب ﴿على الفاسق﴾ وغير العدل ﴿رفع التفرير﴾ بالتعريف أن شهادته غير صحيحة لعدم العدالة، هذا إذا لم تمكنه التوبة ، نحو أن يكون الحق لآدمى وهو متمكن من التخلص وإلا كفت التوبة وانمقد النكاح بشهادته .

﴿و﴾ إذا كان عقد النكاح بالكتابة نحو أن يكتب الزوج زوجتى ابنتك أو يكتب الولي قد زوجتك ابنتى فإن الشهادة لا تجب عند الكتابة بل ﴿تقام عند المكتوب إليه﴾ فيقرأ الكتاب وهم يسمعون ثم يقول قد زوجته أو قد قبلت النكاح.

وكذا تقام عند المرسل إليه إذا كان العقد بالرسالة ويصح أن يكون الرسول أحد الشاهدين وإن كان حامل الكتاب فأولى في صحة كونه أحد الشاهدين .

(و) تقام الشهادة (في) العقد (الموقوف) على رضا الولي أو المرأة أو الزوج أو وليه (عند) ذلك (العقد) لا عند الإجازة إذ وقت العقد وقت انعقاده ، فالإجازة تلحقه وقد انعقد على وجه الضحة من الشهادة لا عند الإجازة فلم يسمما إيجاباً ولا قبولاً بل سمما أجزت أو نحوه .

(و) الشرط (الثالث) هو (رضا) الحرية والسكينة (المكلفة) ومضى البالغة العاقلة ومن شرط الرضاء أن يكون (نافذاً) بأن تقول رضيت أو أجزت أو أذنت أو نحو ذلك مما يدل على أنها قد قطعت بالرضا : فرضاء (الثيب) يكون (بالنطق بماض) وذلك بأن تقول رضيت أو نحو ذلك ، فأما لو قالت سوف أرضى أو ما في حكمه فإنه ليس برضاء وإنما هو وعد بالرضا .

وقوله (أو في حكمه) أى في حكم النطق بالماضى وذلك نحو أن تكون خرساء أو غير خرساء للعرف فتشيز برأسها أنها قد رضيت ، ومما في حكم الماضى أن تقول أنا راضية إن رضى ولي على ما جرى به العرف الآن فيصح رضاؤها إن رضى . ومما يقوم مقام النطق القرائن القوية كقبض المهر وطلبه والتمهيد للزواج ومسيرها إلى نيت الزوج ومد يدها للحناء هذا إذا لم يدخل هذه القرائن احتمال كأن يكون الولي مهيماً تخشى منه إن لم ترض فلا يصح أن تكون هذه القرائن رضى .

(و) أما رضاء (البكر) فيكون (بتركها حال العلم بالعقد مانعاً به الكراهة) أى إذا بلغها الخبر بالنكاح ولم يظهر من شاهد حالها قرينة يفهم منها أنها كارهة لذلك بل سكنت أو ضحكت أو هربت من منزل إلى منزل في الدار أو بكت بكاء لا يقتضى الحزن والضيحار لأن البكاء قد يكون من الفرح وقد يكون من الترح وإذا التبس

رجع إلى الأصل وهو السكوت فإن ذلك يكون رضا مع علمها أن لها الامتناع ما لم يظهر منها قرينة يغلب الظن عندها أنها كارهة وتلك القرينة ﴿من لطم وغيره﴾ كشق الجيب والدعاء بالويل والمهرب من دار إلى دار أو نحو ذلك، ويكفيك أن تفعل فعل من هو كاره لذلك ويكفي في ذلك غلبة ظن الزوج والولى.

﴿مسئلة﴾ قال في البيان : وإذا زوّجت البكر ولم يظهر منها رضّى ولا كراهة حتى مات الزوج وطلب مهرها وميراثها وادعى ورثته أنها ردّت النكاح وكرهته حين علمت فمليهم البينة وإن أنكروا علمها بالمقد فالبيّنة عليها وإن كانت ثيباً فعليها البينة بالرضا بالنطق .

﴿وإن امتنعت قبل العقد﴾ يعنى إذا خطبت فسكرت فمقد الولى مع كراهتها فعملت بالمقد ولم يظهر منها حال الخبر بالمقد ما يقتضى الكراهة بل سكنت أو نحو ذلك كان رضا وصح العقد ولم يؤثر كونها قد كانت كارهة من قبل ﴿أو تثبت﴾ يعنى ولو صارت البكر ثيباً لم يبطل حكم البكارة في أن رضاها يكون بالسكوت ونحو ذلك حيث تزول بكارتها بخرق الحيض أو الوثبة أو بحمل شيء ثقيل أو نحو ذلك مما تزول به البكارة أو لا بكارة لها خلقه فإن ذلك لا يبطل حكم البكارة . وهكذا لو تثبت بوطء لا يقتضى تحريم الصهر كالزنا كالفلط والنكاح الباطل فإنه لا يزول حكم البكارة بهذا الوطء ﴿إلا﴾ أن تثبت ﴿بوطء﴾ بعد الصلاح ﴿يقتضى التحريم﴾ يعنى تحريم المصاهرة وأقله ما يذهب البكارة وذلك كالوطء في النكاح الصحيح أو الفاسد ولو مكرهة فهما فإن حكمها حينئذ كالثيب يعتبر رضاها بالنطق ولو لم يقع الوطء إلا مرة واحدة .

﴿أو غلط﴾ وهو أن يظنها زوجته فيفتنّها ﴿أو زنا﴾ فإذا وطئها عن غلط أو زنى في القبل وكانا ﴿متكررين﴾ حتى ذهب الحياء بطل حكم البكارة . وأقل التكرار مرتين ولو في مجلس واحد مرة زنى ومرة غلط أو زنى من شخصين .

﴿و﴾ الشرط ﴿الرابع﴾ : ﴿تميينها﴾ أى تعيين المرأة حال العقد وكذا تعيين الزوج فلا يكفي قبلت لأحد أولادى . وتعيينها يحصل ﴿بإشارة﴾ إليها نحو أن يقول زوجتك هذه المشار إليها أو تلك التى قد عرفتها ولو كانت غائبة ﴿أو وصف﴾ نحو زوجتك ابنتى الكبرى أو الصغرى أو البيضاء أو السوداء أو نحو ذلك من الأوصاف المهيئة للمرأة بحيث لا تلتبس معه بغيرها ﴿أو﴾ تعيينها باسم كفاطمة أو زينب أو نحوهما أو ﴿لقب﴾ نحو زوجتك ابنتى الصالحة أو الحاجة أو كنية لها كأم كلثوم أو أم الفضل أو نحوهما فعلى تعيين بآى هذه الأمور ﴿أو﴾ بأن يقول زوجتك ﴿بنتى﴾ أو أختى أو نحو ذلك ﴿و﴾ ذلك بشرط أن ﴿لا﴾ يكون له بنت أو أخت موجودة فارغة ﴿غيرها﴾ فأما لو كان له بنت غيرها لم يكف قوله بنتى لأنها لا تعين بذلك ﴿أو﴾ يقول زوجتك ﴿التواطأ عليها﴾ أى التى قد تواطأنا عليها وعرفتها فإذا عيّنها بآى هذه الأمور صح العقد .

﴿فرع﴾ فإذا كان لرجل ابنتان وخطب خاطب الصغرى واسمها زينب واسم الكبرى فاطمة ثم تعاقدتا على فاطمة وضمير الزوج أنها الصغرى صح العقد على الكبرى إذ العقود تنعقد على اللفظ دون الضمائر والإرادات .

﴿ولو﴾ كانت المزوجة أو الزوج ﴿حاملًا﴾ فى بطن أمه صح كأن يقول زوجتك هذا الحمل ثم يقبل الزوج بحضرة الشهود فإن هذا النكاح يصح بشرط أن تأتى به لدون ستة أشهر من يوم العقد أو علم وجوده وأنت به لأربع سنين وأن لا تلد أنثيين ولو خرجت إحداها ميتة، فأما لو قال زوجتك ما تلد زوجتى وليست فى تلك الحال حاملًا لم يصح ذلك .

﴿فإن﴾ عرفت المرأة بوجهين من التعريفات التى تقدمت كالكبرى البيضاء و ﴿تنافى التعريفان حكم بالأقوى﴾ منهما ولنا ذكر الأضعف مثال ذلك أن يقول زوجتك هذه الصغرى وهى الكبرى فيصح على الكبرى ويبطال قوله الصغرى وكذا

لوقال زوجتك الكبرى زينب وهى فاطمة فإنه يصح النكاح على الكبرى ونحو ذلك .
وأقوى التعريفات الإشارة ثم الوصف ومن الوصف : المتواطأ عليها ، ثم الاسم ، ثم
اللقب ، ثم الكنية كما تقدم .

﴿ ١٤٣ ﴾ ﴿ فصل ﴾

﴿ ويصح ﴾ النكاح ﴿ موقوفاً حقيقة ﴾ نحو أن يزوج امرأة بالغة قبل مواضاتها
فإن العقد يكون موقوفاً فإن أجازته نقول أو فعل يفيد التقرير نفذ العقد وإن لم
يجز ببق موقوفاً مع بقاء المتعاقدين والعقد حتى يرد . وسواء كان العاقد هو الولي أم
أجنبي ثم أجازت هى والولى . وقبل أن ترضى لا نفقة لها ولا مهر ولا توارث بينهما
﴿ و ﴾ يصح موقوفاً ﴿ مجازاً ﴾ نحو أن يزوج غير الأب من الأولياء الصغيرة التى لم
تبلغ فإن هذا موقوف مجازاً بمعنى أن للصغيرة متى بلغت تقضى مع أن أحكام النكاح
الصحيح ثابتة فيه من حين العقد ﴿ وتخير الصغيرة ﴾ والمجنونة تخيراً ﴿ مضيقاً متى
بلغت ﴾ إذا زوجها غير أبيها صغيرة أو مجنونة كان لها الخيار متى بلغت أو عاد عقلها
إن شاءت فسخت النكاح وسواء حضر شهود أم لا وإن لم تفسخ نفذ . قال فى البيان :
ولا يحتاج فسخ الصغيرة إلى حكم حاكم بل يقع من دونه مع التراضى واتفاق المذهب
وللزواج أن يرافع مع اختلاف المذهب فتحتاج إلى حكم حاكم لقطع الشجار بينهما .
وأما الفسخ فقد وقع من حينه فتعتد من يوم الفسخ لا من يوم الحكم سواء كان
مع التراضى أم مع التشاجر . وأما فى النكاح الفاسد وسائر العقود الفاسدة فلا بد فى
فسخها من التراضى أو الحكم . وقوله مضيقاً : يعنى أن خيارها يكون مضيقاً بمعنى
أنها إذا لم تفسخ فى مجلس بلوغها بطل خيارها بالتراخى ولكن لا يبطل خيارها بالتراخى
إلا بشروط أربعة : ما لم تتركه خوفاً من ولى ونحوه ﴿ الأول ﴾ أن تراخى بعد بلوغها
﴿ و ﴾ ﴿ الثانى ﴾ أن تراخى وقد ﴿ علمته ﴾ يعنى علمت البلوغ علماً شرعياً بشهادة

أو نحوها ويكفي الظن الغالب بأنها قد بلغت لأنه قد يلتبس عليها وذلك حيث تبلغ بالسنين فأما لو تراخت وفي ظنها أنها لم تبلغ في الحال لم يبطل خيارها . ﴿ و ﴾ ﴿ الشرط ﴾ ﴿ الثالث ﴾ أن تراخى وقد علمت ﴿ العقد ﴾ أى عقد النكاح فلو تراخت قبل أن تعلم بالمقد لم يبطل خيارها ﴿ و ﴾ ﴿ الرابع ﴾ أن تراخى وقد علمت ﴿ تجديد الخيار ﴾ لها فأما لو تراخت وهى ظانة أن لا خيار لها لم يبطل خيارها فإن اختلف أى هذه الشروط لم يبطل خيارها .

﴿ إلا من زوجها أبوها ﴾ أو وكيله لمعين في صغرهما فإنه لا خيار لها إذا بلغت لكن بشرطين: ﴿ أحدهما ﴾ أن يكون زوجها ﴿ كفوا ﴾ لها في نسبه ودينه فأما لو زوجها غير كفو لها ثبت لها الخيار على التراخى إذا بلغت ﴿ الشرط الثانى ﴾ أن يكون زوجها ممن ﴿ لا يماف ﴾ في عشرته فأما لو زوجها أبوها من تعاف عشرته كالأجدم والأبرص والمجنون فإنها إذا بلغت ثبت لها الخيار عندنا على التراخى فإذا بلغت بالحيض ثبت لها الخيار بأول الحيض واستمر خيارها في اليوم الأول والثانى والثالث ولا يبطل إلا إذا تراخت بعد الثلاثة لأنها قد تيقنت أن الثلاثة حيض بمجاوزتها .

﴿ مسألة ﴾ قال في البيان : من زوج قريبته البالغة من زيد ثم من عمر وقبل اجازتها كان عقده بالآخر فسخاً للأول لأن العقد الموقوف كهذا وسائر العقود يصح فسخه من أى المتعاقدين وإن لم يكن في وجه الأول لأنه لم يكن قد انبرم كما في فسخ الصغيرة ﴿ وكذلك الصغير ﴾ من الذكور كالأثنى إذا عقد له ولى نكاحه بـزوجة كولو كان أثنى كان النكاح موقوفاً مجازاً كالصغيرة فتلحقه تلك الأحكام فيخير متى بلغ وعلم البلوغ وعلم العقد وعلم تجديد الخيار إلا من زوجها أبوه فلا خيار له عند بلوغه إن وجهه كفوة لا تعاف وقبل البلوغ يجوز له الوطء وتجب النفقة في ماله والميراث بينهما . وعلى الجملة فهو كالأثنى ﴿ في الأصح ﴾ من المذهب ، قال في البستان : « وقائدة الفسخ في حق الصغير مع أن الطلاق بيده أنه إذا طلق كان تقريراً للعقد بخلاف الفسخ

فلو حلف لا أجاز لم يحث إذا فسخ بخلاف ما لو طلق لأن الطلاق اجازة ﴿الثاني﴾
إذا لم يسم مهرآ لها أو سمي تسمية باطلة فبالفسخ لا شيء، وبالطلاق تلزم المتعة إذا كان
قبل الدخول ﴿الثالث﴾ أنه إذا فسخ لم تحسب عليه طلاقه .

﴿فرع﴾ قال في البيان : « ومن تزوج لابنه الصغير فالمهر على العصبى من ماله
لا على الأب لأن مجرد العقد لا يكون ضماناً إلا أن يضمن به طوالب به فإن سلمه من
مال ابنه ضح وإن سلمه من مال نفسه ولم ينو الرجوع قط لم يرجع به على العصبى
وإن نوى الرجوع عند ما ضمن به أو عند تسليمه ولم ينو التبرع رجع على العصبى
وإن نوى الرجوع عند الضمان ونوى التبرع عند التسليم لم يرجع وفي العكس يرجع
ولا حكم لنية التبرع عند الضمان لما نوى الرجوع عند التسليم . »

﴿ويصدق مدعى البلوغ﴾ أى إذا ادعى الصغير سواء كان ذكراً أم أنثى أنه قد
بلغ قبل قوله ولا يمين عليه إذا ادعى البلوغ ﴿با﴾ لئى فى اليقظة أو ا ﴿لاحتملام﴾
﴿فقط﴾ إلا إذا ادعى البلوغ بالإنبات أو بالسنتين أو بالحيض فإنه لا يقبل قوله بل
لابد من الشهادة ويكفى فى الحيض عدلة تشهد بخروج الدم من الرحم فى أول الحيض
وآخره . وأما فى إنبات الرجل فعدلان ، وفى إنبات المرأة عدلة فإذا لم توجد عدلة
فعدلان . ولا يقبل قوله فى دعوى البلوغ بالئى فى اليقظة أو الاحتملام إلا إذا قد صار
﴿محتملاً﴾ لذلك . واختلفوا فى المحتمل فالذهب حيث يكون الذكر ابن عشر سنين
والأنثى بنت تسع سنين . ومن نوزع فى مضى هذه المدة منذ ولد فعليه البيئنة ثم يقبل
قوله فى البلوغ بالئى فى اليقظة أو الاحتملام .

﴿فصل﴾

﴿١٤٤﴾

﴿ومتى اتفق عقدا ولئين﴾ أو أكثر أو ولى ووكيل أو وكيلين ﴿مأذونين﴾
مستويين لشخصين فى وقت واحد أو أشكل ﴿وقهما﴾ ﴿بطلا﴾ أى بطل العقدان

معاً بهذه الشروط . قال الإمام عليه السلام : فقولنا وليين احتراز من أن يعقد وليها لشخص ، وأجنبي فضولى لشخص فإنه يصح عقد الولي دون الأجنبي . وقولنا مأذونين احتراز من أن يعقد لها ولي قد أذنت له بأن ينكحها وأنكحها ولي آخر من شخص آخر فإنه يصح عقد الولي المأذون ويبطل عقد الآخر فإن كانا معاً غير مأذونين صح عقد من أجازت عقده فإن أجازت أحدهما غير معين بطلت الإجازة وإن أجازتهما معاً بطل العقدان كالمأذونين إلا أن يكون أحدهما صحيحاً والآخر فاسداً وأجازتهما فإن الإجازة تلحق الصحيح منهما . وقولنا مستويين احتراز من أن يكون أحدهما أقرب فإنه يصح عقد الأقرب ويبطل عقد الأبعد سواء تقدم أم تأخر ولو كانا معاً مأذونين .. وقولنا لشخصين لأنه لو كان العقدان من الوليين لشخص واحد صح العقد الأول منهما والثاني لغيره وإن عقدا له في وقت واحد صحاً معاً لكنه عقد واحد في التحقيق . وقولنا في وقت واحد احتراز من أن يعقد الشخصان في وقتين فإنه يصح عقد الأول . وقولنا أو أشكل يعني لم يعرف هل وقعا في وقت واحد أو في وقتين ولم يقم أحدهما البينة فلو أقام أحدهما البينة قبلت .

فتمت اتفق عقدان بهذه الشروط الخمسة بطلاً معاً ﴿ مطلقاً ﴾ أى سواء أقرت بسبق أحدهما أم لم تقر وسواء دخل بها أحدهما برضاها أم لم يدخل . قال الإمام عليه السلام : « وهكذا حكم الصغيرة إذا اتفق عقداً وليتها بطل العقدان بالشروط المذكورة إلا قولنا مأذونين فإنه لا معنى لإذن الصغيرة على الصحيح من المذهب .

﴿ وكذا إن علم ﴾ أن العقدین وقعا في وقتين وعلم ﴿ الثاني ﴾ أى التأخر ﴿ ثم التمس ﴾ أيهما هو فإنه يبطل العقدان معاً كالمسئلة الأولى ﴿ إلا ﴾ أن هذه الصورة تخالف المسئلة الأولى بحكم واحد وهو أنه يصح من المرأة تصحيح أحد العقدین في هذه الصورة ﴿ لا قرارها ﴾ قبل موته ﴿ بسبق أحدهما أو دخول برضاها ﴾ فإنها إذا أقرت لأحد الشخصين قبل موته أن عقده هو السابق ولو بعد إقرارها باللبس فإنه

يصح عقده والعقد الثاني يبقى موقوفاً على البينة أو علم الحاكم أو النكول إن بين أو ثبت بعلم الحاكم أو النكول صح وإلا بطل .
﴿ فرع ﴾ قال في البحر : وإن أقرت باتحاد الوقت أو أن كل واحد سابق بطلاً أيضاً .

﴿ فرع ﴾ فلو أقرت لأحدهما بالتقدم والثاني دخل برضاها فالمبرة بما تقدم منهما كما في الفتح فإن وقع الإقرار والدخول في حالة واحدة فالحكم للدخول فإن تقدم الإقرار فلا حكم لرضاها بالدخول وكان زنى وإن تقدم الدخول بالرضى فلا حكم لإقرارها به في الحال ويكون موقوفاً على بينوتها كما في من أقرت بالزوجة لغير من هي تحته .
﴿ فرع ﴾ قال في البحر : « ولا تسمع دعوى أحد الزوجين على الآخر ولا على الولي أنه السابق إذ لا شيء في يد المدعى عليه : وأما الدعوى على الزوجة فتسمع وعليها البين للآخر إذ يكون إقرارها موقوفاً على بينوتها » .

﴿ فرع ﴾ قال العلامة على بن أحمد بن ناصر الشجني رحمه الله : « فلو علما لإقرارها بسبق أحدهما أو دخول برضاها ثم ماتت والتبس من أقرت بسبقه بعد التباس من عقده المتقدم ثبت لها في مالها ميراث زوج واحد ويقسم بينهما بعد التحالف والنكول ويغلب في حقهما جانب الحظر في تحريم الأصول مطلقاً وكذا فصولها حيث كان اللبس بعد الدخول برضاها ويثبت لها على كل واحد نصف مهر » .

﴿ فصل ﴾

﴿ ١٤٥ ﴾

﴿ والمهر لازم للعقد لا شرط ﴾ هذا مذهبنا وهو قول أبي حنيفة والشافعي . وقوله لازم للعقد : يعني أن العقد يقتضي المهر بشرط التسمية الصحيحة في العقد الصحيح أو الدخول ولو كان العقد فاسداً فإذا وقع العقد مع التسمية أو الدخول لزم المهر . .
﴿ وإنما يهر مال أو منفعة في حكمه ﴾ جائزة مقدورة غير واجبة ولا محظورة ، أما المال

فظاهر فكل ما يسمى مالا صح مهرأ إذا بلغ عشرة دراهم هو أو قيمته يوم العقد وكان مما يصح تملكه . والمنفعة الجائزة التي في حكم المال نحو خدمة عبد أو حر أو سكنى دار مدة معلومة أو نحو ذلك مما تستحق عليه الأجرة . وأما المنفعة التي ليست في حكم المال فهي الأغراض نحو على أن لا يطا أمته أو على أن يطلق فلانة فإن هذه المنفعة لا يصح جعلها مهرأ .

﴿ ولو ﴾ تزوج أمته على ﴿ عتقها ﴾ صح النكاح وكان عتقها مهرها حيث كان قيمتها عشرة دراهم وإلا وفيت إن تم النكاح على العشرة الدراهم .. فإذا أراد ذلك قال قد جعلت عتقك مهرك وتقبل .. أو أنت حرة على أن يكون عتقك مهرك فإذا قبلت عتقت، ثم يقول إذا لم يكن لها ولي قد تزوجتك على ذلك . ولا يحتاج إلى قبول بعد ذلك لأن التناء تكفي، فإذا رضيت انعقد النكاح، ويكفي سكوتها بعد قوله تزوجتك إذا كانت بكرأ ولو غير مكافئة وإن كانت ثيباً فلا بد من النطق كما مر فإن امتنعت من النكاح بعد العتق لم تجبر عندنا وسعت في قيمتها يوم العتق . وكذا يصح لو قال أعتقتك على أن تزوجيني نفسك وتقبل ويكون عتقك مهرك ثم يقول قد تزوجتك . فأما لو قال أعتقتك وجعلت عتقك مهرك عتقت ولا يلزمها أن تسمى إن امتنعت من التزويج به وإذا خشي امتناعها بعد العتق فله أن يحنط بما يخلصه من ذلك فيقول إن كان في معلوم الله أني إذا أعتقتك تزوجتك فأنت حرة على أن عتقك مهرك وتقبل ثم يقول قد تزوجتك .

والمهر لا بد أن يكون مالا أو منفعة ﴿ مما يساوى عشر قفال ﴾ فصاعداً فضضة ﴿ خالصة ﴾ وهذا عندنا أقل المهر ولا حد لأكثره . والقفلة كالدراهم اثنان وأربعون شميرة كافي الزكاة . وقدر المهر الشرعي من الريالات المتعامل بها الآن في اليمن ريال الأربعا وثلاث بقش تجارى وهو نصف عشر النصاب الشرعي في زكاة الفضة وهو ستة عشر ريالاً إلا ربعا كما تقدم في الزكاة تفصيل ذلك وتحقيقه في فصل « ٨٤ »

﴿ لا دونها ففاسدة ﴾ أى إذا سعى دون عشرة دراهم مما له قيمة أو لا يتسامح بمثله فى المثل فهى تسمية فاسدة ولا فاسدة غير هذه بل إما صحيحة أو باطلة . فإن كان المسمى مما لا قيمة له فهى تسمية باطلة تستحق مهر المثل بالدخول ﴿ فيكمل عشراً ﴾ أى عشر ففال حيث رضيت مهما تستحق المرأة كمال المهر فى التسمية الصحيحة، وذلك حيث يدخل بها أو يخلو بها خلوة صحيحة أو يموت أحدهما ﴿ وتنصف ﴾ بعد التكميل فيلزم خمسة لو طلق قبل الدخول أو وقع فسخ من جهته أو من جهة غيرهما ولو بعد خلوة فاسدة كالتسمية الصحيحة فإنها تنصف ﴿ كما سيأتى ﴾ تفصيل ذلك فى الفصل الذى يلى هذا .

﴿ و ﴾ يجوز ﴿ لها فيه كل تصرف ﴾ فيجوز لها بيعة وهبته والوصية به والنذر وجعله زكاة ووقفه وعتقه ونحو ذلك من التصرفات فى التسمية الصحيحة والعقد الصحيح ﴿ ولو ﴾ تصرفت فيه ﴿ قبل القبض ﴾ له ﴿ و ﴾ قبل ﴿ الدخول ﴾ لكن هذا حيث يكون معيناً وكان مما يتعين . فأما إذا كان فى الدمة فحكمه حكم الدين فما صح فى الدين من التصرفات صح فيه وسيأتى بيان ذلك فى القرض بفصل عدد « ٢٣٢ » . ﴿ و ﴾ يصح من الزوجة ﴿ الإبراء ﴾ لزوجها ﴿ من ﴾ المهر ﴿ المسمى ﴾ إذا كان ديناً لا عيناً . قيمياً أو مثلياً ﴿ مطلقاً ﴾ أى قبل الدخول وبعده ﴿ ومن غيره ﴾ أى ومن غير المسمى فإنه لا يصح الإبراء منه إلا ﴿ بعد الدخول ﴾ بها لا قبله فلا يصح لأنها لا تملك شيئاً من المهر مع عدم التسمية . ويعتبر فى صحة الإبراء من المهر أن يكون العقد صحيحاً والتسمية صحيحة .

﴿ ثم إن طلق ﴾ الزوج زوجته أو حصل فسخ من جهه فقط ﴿ قبله ﴾ أى قبل الدخول بعد أن أبرأت ﴿ لزمها ﴾ له ﴿ مثل نصف المسمى ﴾ لأن الإبراء كالقبض فكانها قبضته ثم استهلكته فيلزمها له الغرامة وهى قيمة نصفه يوم العقد فى بلد العقد أو يوم التسمية إن تأخرت عن العقد ﴿ ونحو ذلك ﴾ يعنى نحو الإبراء من الاستهلاك لما سعى

كان يسمى لها عبداً ثم أعتقته أو باعته أو وهبته لزوجها أو لغيره ثم طلقها قبل الدخول فإنه يلزمها للزوج نصف قيمة العبد يوم العقد إن سمي في ذلك الوقت وإلا فالعبرة بقيمة يوم التسمية . فلو أبرأته من نصف المهر ثم طلق قبل الدخول فلا شيء لها ولا عليها لأنها تستحق بالطلاق نصف المهر وقد أبرأته منه .

﴿ وفي المهر المعين ﴾ في رده بالرؤية ﴿ وكذا سائر الخيارات ﴾ والعيب اليسير ﴿ وهو هنا ما ينقص القيمة ﴾ خلاف ﴿ بين العلماء ، يعني هل للمرأة أن ترد مهرها بذلك أم لا ؟ . أما الرؤية فالتحتم للمذهب أن لها رده بخيار الرؤية وتلزم قيمة المسمى يوم العقد لأنها قد رضيت به وإلا فيوم التسمية . وفي خيار الشرط ترجع إلى مهر المثل فتستحقه بالدخول . وأما العيب فلا خلاف أن لها أن ترده بالفاحش وهو ما لا يتقارب الناس بمثله وأما اليسير فذهبنا أن لها أن ترده به وترجع إلى قيمته يوم العقد غير معيب فإن اختلفت القيم أو اختلفت القومون فالأول يرجع إلى الأقل من القيمتين وذلك حيث قوم كل واحد بقيمتين . والثاني يرجع إلى الأكثر لأن القوم بالأكثر كالشهادة الخارجة فتثبت له دعوى الزيادة .

﴿ وإذا تعذر ﴾ تسليم المهر الذي قد سمي ﴿ أو استحق ﴾ للغير بالبيننة والحكم أم علم الحاكم ﴿ بقيمته ﴾ تلزم يوم العقد في بلد العقد أو مثله إن كان مثلياً ﴿ منفعة كان ﴾ المتمذر أو المستحق ﴿ أو عيناً ﴾ للغير: مثال تعذر المنفعة أن يحمل مهرها عمل ثور أو سكنى دار أو استغلال أرض أو نحو ذلك سنة فمات الثور أو خربت الدار أو نسفت الأرض ولو بجنائيتها قبل الانتفاع فإن الواجب لها قيمة هذه المنفعة وهي قدر أجره عمل الثور ونحوه السنة المستحقة . ومثال استحقات المنفعة أن يكون هذا الثور الذي أصدقها عمله مملوكاً لغيره فإن الواجب لها حينئذ قيمة عمله وهي قدر أجره المدة المقدرة يوم العقد . ومثال تعذر العين أن يصدقها حصاناً مميئناً فيموت الحصان قبل أن يسلمه إليها فالواجب لها حينئذ قيمة الحصان يوم العقد . ومثال استحقاته أن

يكون مملوكاً لغيره . وهكذا إذا تعذر بعض المهر أو استحق لزمه قيمة القدر المتعذر يوم العقد فقط فإن تعيب به الباقي ثبت لها الخيار ما لم يتعيب بفعلها فلا خيار لها .

﴿ ١٤٦ ﴾ فصل

﴿ ومن سمي مهرأ تسمية صحيحة ﴾ في عقد صحيح ﴿ أو ﴾ كانت التسمية ﴿ في حكمها ﴾ بمعنى في حكم التسمية الصحيحة في حكمها واحد : أما التسمية فهي أن يسمى لها شيئاً يملكه ويجوز لها التصرف فيه بالبيع والهبة ونحوها . وكذا منفعة دارها أو على أن يخدمها هو أو غيره مدة معلومة فهذه كلها تسمية صحيحة إذا كانت التسمية تساوى عشر فقال . وأما التي في حكم الصحيحة فهي أن يسمى مالاً أو منفعة يصح أن يملكها في حال لكن ليس له في الحال التصرف فيهما بمينهما كالوقف والمكاتب والدبر وأم الولد وملك غيره فتستحق المرأة قيمة هذه الأشياء يوم العقد في بلده سواء كان مهر المثل معلوماً أم لا وحيث سمي لها ملك الغير فلا فرق بين علمها بأنه للغير وجهلها في أنها تستحق قيمته إذا لم يُحيز مالها . فإن أجاز استحقاقه بعينه ويستحق صاحبه قيمته يوم العقد على الزوج .. فإن عجز المكاتب فرجع في الرق فقال المؤيد بالله - وهو المذهب - أنها تستحقه بعينه وهكذا إذا سمي لها ملك الغير ثم ملكه بإرث أو شراء أو غيرها فن سمي مهرأ تسمية صحيحة أو في حكمها ﴿ لزمه ﴾ ذلك المسمى ﴿ كاملاً ﴾ إن كان باقياً أو قيمته للتعذر كما تقدم . لكن إنما تستحقه بأحد أمور ثلاثة ﴿ الأول ﴾ ﴿ بموتها أو أحدهما بأي سبب ﴾ إذا كان العقد صحيحاً والتسمية صحيحة أو كانت دون عشرة دراهم فتكمل سواء كان موتها أو أحدهما بأي سبب سماوى أو بجناية من غيرها أو من بعضهما على بعض أم من الميت على نفسه بأن قتل نفسه . ففي هذه الوجوه تستحق الزوجة كمال المهر المسمى سواء كانت حرة أم أمة .

﴿ الأمر الثانى ﴾ قوله : ﴿ وبدخول ﴾ والمراد به الوطء ولو في الدبر من الصالح

للجماع في الصالحة له . وأقله ما يوجب الغسل في الثيب وفي البكر ما يذهب البكارة ولو مع مانع شرعى وهو يوجب كمال المسمى في الصحيح لافي الفاسد فتستحق الأقل من المسمى ومهر المثل مع الدخول فقط . قال في البيان : « وللدخول أحكام عشرة وهي : كمال المهر في التسمية الصحيحة وإلا فهو المثل في الفاسد فهما . ووجوب العدة . وثبوت الأحضان ، والأحلال ، وتثمر الرجعة لو طلق بعده ، وتكون رجعة ، ويوجب الثبوتية ، وبفسد الحيج ، ويوجب الدم فيه ، وتحرم الريبة » .

﴿والأمر الثالث﴾ قوله ﴿أو خلوة﴾ صحيحة في نكاح صحيح فإن كانت فاسدة لم توجب كمال المهر ولو مع الاستمتاع . وإن كانت الخلوة صحيحة فالذهب أنها توجب كمال المهر ﴿إلا﴾ أن يخلو بها ﴿مع﴾ حصول ﴿مانع﴾ من الوطء ﴿شرعى﴾ يعنى أن الشرع يمنعه من جواز الوطء . عند حصوله ﴿كمسجد﴾ تحصل الخلوة فيه فإن الخلوة تسكون فاسدة مع علمها أو الزوج أنه مسجد أما لو جهلا فالخلوة صحيحة . وهكذا لو خلا بها وهي حائض أو أحدهما محرم ولو نفلاً أو صائم صوماً واجباً غير مريض ، أو حضر معهما غيرهما ممن بلغ الفطنة وإذا كان كبيراً فلا فرق بين أن يكون بقطناً أو نائماً إذا ظن الزوج أنه يستيقظ : أما لو اختلفا في الخلوة فالبينة على مدعيها وإن اختلفا في صحتها فالبينة على مدعى فسادها وإذا اذْهَبَتْ بكارتها بغير الوطء في خلوة فاسدة ثم طلقها فلا شيء لأجل الخلوة ويجب مهر مثلها لأجل الجناية ويلزم مع ذلك نصف المسمى بالطلاق قبل الدخول .. ﴿أو﴾ خلا بها مع حصول مانع ﴿عقلى﴾ أى يقضى العقل بأنه يمنع من الوطء مع حصوله فإن الخلوة تسكون فاسدة ، مثال العقلى أن تسكون مريضة على صفة لا يمكن تحريك الداعى إليها أو صغيرة لاتصلح له أو تمنع نفسها وهو غير قادر على إكراهها وتصادقاً على المنع لأن الأصل عدمه أو كان ثمة قرينة تدل على صدق دعواه أو قامت شهادة على إقرارها أنها منعت ، أو هو مريض أو صغير كذلك ، والجذام والبرص والجنون في حقهما . وفي حقهما القرآن ، والرتق ، والعقل ، وفي حقه : الحب ،

والخصى ، والسَلِّ ، لكن المانع العقلي والشرعى معاً لا تفسد به الخلوة إلا إذا كان حاصلًا ﴿ فيهما ﴾ أى فى الزوج والزوجة نحو أن يكونا صائمين معاً أو مريضين معاً أو صغيرين معاً على وجه لا يمكن معه الوطء أو أبرصين أو نحو ذلك .

﴿ أو ﴾ كان حاصلًا ﴿ فيها ﴾ وحدها شئ من ذلك فإن ذلك مانع من صحة الخلوة ﴿ مطلقاً ﴾ أى سواء كان المانع مما يرجى زواله فى العادة كالمرض والصغر أم مما لا يرجى زواله كالجنون فإنها تفسد به الخلوة حيث يكون حاصلًا فيهما معاً أو فيها وحدها ﴿ أو ﴾ كان ذلك المانع حاصلًا ﴿ فيه ﴾ وحده وهو ما ﴿ يزول ﴾ فى العادة كالمرض والصغر والصوم الواجب والإحرام فإن ذلك يمنع من صحة الخلوة . وأما إذا كان مما لا ينتظر زواله فى العادة وهو فى الزوج فقط كالجنون والبرص ، والجنون المطبق والخصى والسَلِّ فإن خلوته تكون حينئذ صحيحة توجب كمال المهر وهكذا خلوة المستأصل توجب كمال المهر .

﴿ و ﴾ يجب ﴿ نصفه فقط ﴾ يعنى نصف المسمى ﴿ بطلاق أو ﴾ أمر ﴿ فاسخ ﴾ إن حصل الطلاق أو الفسخ ﴿ قبل ذلك ﴾ أى قبل الدخول والخلوة الصحيحة فإذا طلق أو فسخ قبل الدخول والخلوة الصحيحة لزمه نصف المسمى حيث التسمية صحيحة أو فى حكمها فى عقد صحيح لكن لا يجب نصف المهر بالفسخ إلا إذا كان الأمر الفاسخ ﴿ من جهته فقط ﴾ أى من جهة الزوج وحده . وذلك نحو أن يرتد عن الإسلام أو يتزوجها وما كافران ثم يسلم وحده ﴿ لا ﴾ إذا حصل الفسخ ﴿ من جهتهما ﴾ معاً نحو أن يكون فى كل واحد منهما عيب فيفسخ كل واحد منهما صاحبه أو يتجدد الرق عليهما معاً فى وقت واحد أو يرتدّا معاً فى وقت واحد إلى ملتين مختلفتين أو برضمان من امرأة فى حالة واحدة .

﴿ أو ﴾ إذا حصل الفسخ من ﴿ جهتها ﴾ وحدها ﴿ فقط حقيقة ﴾ نحو أن ترتد وحدها أو تسلم وحدها أو ترضع امرأة زوجها الصغيرة ولو محسنة أو ترضع زوجها

الصغير أو تمتق فتفسخ نكاحه أو تفسخ زوجها بعيه ﴿أو حكا﴾ نحو أن تشتري زوجها أو بمضه أو يشترها أو بمضها أو يفسخها زوجها بعيب فيها ﴿فلا شيء﴾ لها من المهر في هذه الصور كلها أعني حيث حصل الفسخ من جهتها جميعاً أو من جهتها حقيقة أو حكا .

﴿مسئلة﴾ من تزوج امرأة ولم يفرض لها مهرأ ثم فرضه الزوجان أو الزوج ووكيل الزوجة الكبيرة أو غيره وأجازت وكان الفرض قبل الدخول صحت التسمية وكان المهر هو المسمى فلو طلقها قبل الدخول استحققت نصف المسمى فلو زاد على المسمى شيئاً معلوماً بعد العقد ثم طلقها قبل الدخول نصفت الزيادة .

﴿ومن لم يسم﴾ لزوجته مهرأ رأساً بل عقد النكاح من دون ذكر مهر أو سمى ونسى ﴿أو سمى تسمية باطلة﴾ نحو أن يحمل مهر المسلمة خمرأ أو خنزيراً أو ميتة أو دماً أو حرأ أو قتل من لا يستحق عليه القتل أو سمى شيئاً مجهولاً جهالة كلية نحو أن يقول على حكمك أو حكى أو على ما أكتسبه في هذه السفة أو نحو ذلك فإن هذه التسمية باطلة وجودها كعدمها .

فأما لو كانا ذميين^(١) صحت تسمية الخمر والخنزير في حقهما فإن أسلمت أو هما وقد قبضته فلا شيء لها ، وإن لم تقبضه وجب لها قيمته ، أما إذا أسلما معاً ولم يسم فلها مهر مثلها من المسلمين الذين أسلموا بعد كفر إن وطئت مسلمة أو من الذميين إن وطئت ذمية . فإن كان مهر مثلها من الذميين خمرأ أو خنزيراً كان لها قيمته يوم العقد ويقومه من يعرفه من أهل العدالة فاسقان قد تابا أو كافران قد أسلما . وأما إذا أسلمت دونها لم

(١) « تنبيه » إذا تحاكم إلينا أهل الذمة لم نحكم بينهم إلا بما صح في شريعتنا ويجبر المتمتع عن الحضور ويجبر بينهما بشريعتنا وكذا إذا استفتونا على جهة الإطلاق لم نقتهم إلا بشريعتنا فإن استفتونا عن شريعتهم جاز أن نقتهم عنها بعد صحتها لدينا . وإذا أراد الذي المأكمة لدى إلى حاكمهم فنحن وطلب منا إجباره فلا يجبر ولو وافقوا الإسلام . اهـ .

يستقيم أن يقال لها مهر مثلها من المسلمين بل مثلها من الذميين لأن العقد والدخول وقما في حال الكفر . وأما إذا أسلم الزوج دونها فيجب لها المعين يحمله إليها بقيمة غير المعين .

فمن لم يسمَّ أو سمي تسمية باطلة كما مر ﴿ لزمه بالوطء فقط ﴾ ولو في الدبر ﴿ مهر مثلها ﴾ يوم العقد ولا يلزمه بالخلوة الصحيحة . وإنما يرجع إلى مهر مثلها إن لم تكن قد تزوجت فإن كانت قد تقدم لها زواج فالرجوع إلى مهرها الأول أولى إذا كانت ثيباً أو كانت عاتقهم لا يفرقون فإن كان عاتقهم يزيدون للبكر سقطت الزيادة أى فينقصون في حق الثيب النصف من مهر البكر كما هي عادة اليمن اليمون . وهذا إذا اتفقت المهور التي تزوجت بها فإن اختلفت فالذهب أنه يعمل بالأدنى في الاثنين وبالأوسط في الثلاثة وبالأقل من المتوسطين في الأربعة .

فإن لم تكن قد تزوجت استحققت مهر مثلها ﴿ في صفاتها ﴾ وقت العقد وهي النسب والنصب والجمال والعقل والدين والأدب والبصر والبكارة والمال والبلد والصناعة والقراءة والكتابة وحسن تدبير المعيشة والمنزل، هذا إذا اختلفت المادة بهذه الصفات أو غيرها بحسب العرف . وحيث يسمحون للأقارب ويفالون للأجانب يعمل بمقتضى ذلك وكذا في التأجيل والتعجيل والنقود والعروض .

﴿ نعم ﴾ وإنما يرجع إلى مهر مثلها من قرابتها اللاتي ﴿ من قبل أبيها ﴾ في بلدها فتعطى مثل مهر أختها فإن لم يكن لها أخوات ولا بنات أخوة فمهر عماتها ثم بنات عماتها كذلك . ﴿ ثم ﴾ إذا لم يكن لها قرائب من قبل أبيها أو لم يكن قد تزوج منهن أحد أو عدت المشابهة لها منهن أو التبس الحال رجع إلى مهر مثلها من قرابتها اللاتي من قبل ﴿ أمها ﴾ فتعطى مثل مهر أمها ما لم تكن وضيمة ثم أختها لأمها ثم خالاتها ثم بنات خالاتها لا بنات أخوالها .. قال الإمام عليه السلام : وهذا إذا لم تكن أختها لأمها وضيمة من جهة الأب فأما إذا كانت وضيمة وأبو هذه البكر

رفيع لم يعمل بمهر أختها وكذلك الخالات بل يرجع إلى نساء بلدها .
 ﴿ ثم ﴾ إذا لم يكن لها قرائب من جهة الأم أيضا ولم يكن قد تزوجن أو كن
 وضيعات من جهة الأب بخلاف منصبتها رجع إلى مهر مثلها في صفاتها من نساء ﴿ بلدها ﴾
 الذي نشأت فيه والتقطت فيه اللغة . فإن فاقت في الحسن زيد لها وإن نقصت نقص
 على ما يراه الحاكم . وإذا تزوج نساء بلدها قبلها وبعدها خيؤخذ بمهر من تزوج قبلها
 فإن تزوجن بعدها فيؤخذ بمهرهن إن لم يجعل الزيادة حيلة أو رغبة .

﴿ و ﴾ مهر المثل ﴿ للأمة عشر قيمتها ﴾ يوم الدخول ولو كثرت بكرأ أو ثيبأ
 إذا لم يسم لها مهرأ أو سمي تسمية باطلة ولو كان مهر مثلها معلوماً فإن قصر عشر
 قيمتها عن عشرة دراهم كمل عشرة ﴿ و ﴾ إذا لم يسم للزوجة مهرأ خرة كانت أو
 أمة أو سمي تسمية باطلة ثم طلقها قبل الدخول فإنه يلزمه لها ﴿ بالطلاق ﴾ ولو بعد
 الخلوة سواء كان النكاح صحيحاً أو فاسداً ﴿ المتعة ﴾ وهي عندنا كسوة مثلها ولو
 صغيرة من مثله . قال في الانتصار : ولا يجاوز بالمتعة نصف مهر المثل ..

﴿ و ﴾ إذا تزوجها ولم يسم لها مهرأ أو سمي تسمية باطلة ثم مات قبل الدخول
 فإنه ﴿ لاشيء ﴾ لها ﴿ بالموت إلا ﴾ نفقة المدة وكسوتها و ﴿ الميراث ﴾ ولا تستحق
 مهرأ ولا متعة ﴿ و ﴾ إذا لم يسم لها مهرأ أو سمي تسمية باطلة ثم فسخ النكاح قبل
 الدخول فإنها ﴿ لا ﴾ تستحق ﴿ بالفسخ ﴾ شيئاً ﴿ مطلقاً ﴾ أى لا مهر لها ولا متعة
 ولا ميراث إذا مات بعد الفسخ وسواء كان الفسخ بالحكم أم بالتراضي وسواء كان
 الفسخ من جهته أم من جهتها أم من جهتهما .

(فصل)

﴿ ١٤٧ ﴾

﴿ و ﴾ إذا سمي للمرأة مهرأ أو ذكر معه زيادة فإنها ﴿ تستحق كل ما ذكر في المقدم ﴾

من جملة مهرها ﴿ولو﴾ كانت الزيادة مذكورة ﴿لغيرها﴾ نحو أن يقول الولي زوجتك بألف درهم لها وزيادة مائة لى أو نحو ذلك فإن المائة تكون مستحقة للزوجة هذا مذهبننا. وقوله كل ما ذكر في العقد : احتراز مما ذكر للولى قبله فليس لها ولا يطيب للولى أيضاً ﴿أو بعده﴾ أى وتستحق الزيادة إذا ذكرت بعد العقد سواء ذكرت أنها لها أم أطلق فإنها ﴿لها﴾ نحو أن يقول بعد انقضاء العقد وقد زدت لها أو يطلق فيقول وقد زدت ما هو كيت. وكيت فأما إذا كان مذكوراً لغيرها نحو أن يقول بعد انقضاء العقد وقد جعلت لوليتها ما هو كيت وكيت لم تستحقه المرأة وإنما يكون لمن سماه من الولي أو غيره ويكون له حكم ما وقع من هبة أو نذر أو إباحة إن لم يقرنه ما يحرمه كان يتمتع بعد رضاها عن التزوج إلا بذلك لأنه حينئذ رشوة في مقابلة واجب .

﴿فرع﴾ وأما ما يعتاده الناس من إعطاء الزوجة ليلة البناء عليها ويسمى «الصباح» وفي بعض جهات «الرضوى» فإنها تملكه لأنه زيادة في المهر فلو لم يسم لها شيئاً لزمه قدر ما جرى به العرف من مثله لمثلها إذ قد صير العرف لازماً . وأما ما يسلم الزوج من الكسوة والحلية ليلة البناء عليها - أى الدخول - فعلى حسب العرف ففي صنماء ودمار ونحوهما من المدن والجهات الجبلية ليس للزوجة فيه ملك بل هو باق بملك الزوج وكذا كل ما أعطى من ذلك ، فإذا طلقها أرجعت ذلك له . وفي تهامة يكون للمرأة كل مهر بل قد تكون الكسوة والحلية هى المهر فلا ترجع شيئاً من ذلك إذا طلقها .. وهذا إذا لم يكن ثمة شرط فإن كان فالعمل به إذ الشرط أملاك ﴿ويكفى في﴾ جمل الأرض مهرأ سواء كانت من ﴿الراز﴾ وهى الأرض التى يزرع فيها الأرز أو غيرها من الأرضين ﴿ذكر القدر والناحية﴾ وهى البلد وما ينسب إليها فيما حواء البريد . فيقول مثلاً قد أمهرتها عشرة أذرع فى أوطان ناحية كذا أو نحو ذلك فهذا كاف ولا يحتاج إلى ذكر الحدود ولا أن يشير إلى الزرعة التى فيها تلك الأرض حيث لا تختلف الأرض اختلافاً كلياً بل يصح من دون إشارة . وتأخذ

من أوسط ما يملك في تلك البلد وإن لم يملك فيها شيئاً فقيمة الوسط منها إذا تعذر الوسط بعينه . ﴿ و ﴾ يكفى ﴿ في غيرها ﴾ أى غير الأرض من الثياب والحيوانات وغيرها ذكر ﴿ الجنس ﴾ أو النوع ولا يحتاج في الثوب إلى ذكر القدر ولو كان في البلد أجناس لأنه ينصرف إلى الغالب منها ما لم تختلف في القدر ولا غالب فلا بد مع ذكر الجنس أو النوع من ذكر القدر . ولهذا يكفى أن يتزوجها على ثوب إذا كان في البلد جنس أو أجناس وثمة غالب فينصرف إليه ، ولا يكفى حيث لا غالب بل لابد من ذكر الجنس فيقول على ثوب قطن أو ثوب حرير ، وكذا في الحيوان لا يكفى أن يقول على حيوان لأن الحيوانات أجناس بل لابد من ذكر الجنس نحو على فرس أو بقرة أو ناقة أو نحو ذلك ﴿ فيلزم الوسط ﴾ من ذكر الجنس ويؤخذ من الوسط أوسطه فإن لم يكن في الناحية وسط بل أعلى وأدنى فالأدنى ، فإن وجد الوسط بعد تسليم الأدنى فلا عبرة به .

﴿ مسألة ﴾ ومن تزوج صغيرة على قميص غير معين قدره فطلبت منه وقد صارت كبيرة فإن كان مما يراد به التجميل فقميص كبيرة وإن كان مما يراد به الابتذال فقميص صغيرة إذ هو اللازم وقت العقد .

ومن التسمية الفاسدة ما لها حكم بين الصحيحة والباطلة ﴿ و ﴾ هو ﴿ ما سنى بتخيير ﴾ كهذا أو هذا ولم يوقت خيار لأحد الزوجين إذ لو جمل لأحدهما خيار لوقت معلوم فالتسمية صحيحة كما يأتي في البيع ﴿ تعين ﴾ بالدخول فقط ﴿ الأقرب ﴾ منها ﴿ إلى مهر المثل ﴾ ولو نقص عنه فإنها قد رضيت بالنقص نحو أن يقول تزوجتك على هذا أو هذا فإنها تستحق ما قيمته أقرب إلى قدر مهر المثل نحو أن يكون مهر مثلها مائة دينار وأحد الشئيين قيمته خمسون ديناراً والآخر قيمته ستون ديناراً فإنها تستحق الذى قيمته ستون لأنه الأقرب إلى قدر مهر المثل . والوجه أن هذه التسمية باطلة لجهل مدة التخيير لأحدهما فاستحققت مهر المثل لكنها قد رضيت بالنقصان فأعطيت ما هو

أقرب إلى مهر مثلها ﴿ غالباً ﴾ يحترز من أن يكون أحد الشئيين قيمته فوق مهر المثل والآخر دونه كأن يكون قيمة أحدهما مائة وعشرة والآخر تسعين ومهر المثل مائة فالأدون هو الذى تستحقه ولكن توفى هنا إلى مهر المثل فيزداد لها عشرة ، وهذا فى حق المكلفة وإلا فمهر المثل إذا كان الزوج لها غير أبيها . فان طلق قبل الدخول فالتمة لها فقط ولا شيء بالفسخ . ﴿ وحاصل المسألة ﴾ أن الشئيين إما أن تستوى قيمتهما أو يتفاضلا فإن استويا فى القيمة استحققت أحدهما فقط سواء كان كل واحد منهما فوق مهر المثل أم مثله والخيار إلى الزوج . أما إذا تفاضلا فإن كان كل واحد منهما فوق مهر المثل أو الأدنى قدر مهر المثل استحققت الأدنى لأنه الأقرب إلى مهر المثل ، وإن كان كل واحد منهما أدنى من مهر المثل استحققت الأعلى لأنه الأقرب إلى مهر المثل وإن كان أحدهما دون مهر المثل والآخر فوقه أخذت الأدنى ووفأها ما نقص من مهر المثل .

﴿ و ﴾ أما إذا سمي جملاً وجملاً أو نحوها ﴿ بجمع ﴾ لا بتخيير نحو أن يقول تزوجتها بهذا الجبل وهذا الجبل ونحو ذلك ﴿ تعين ﴾ ما سمي جميعاً ﴿ وإن تمدى ﴾ ذلك المجموع ﴿ مهر المثل ﴾ استحقته .

﴿ و ﴾ يصح ﴿ من مريض ﴾ أن يتزوج بزائد على مهر المثل إن ﴿ لم يتمكن ﴾ من الزواج ﴿ بدونه ﴾ أى بدون ذلك الزائد على مهر المثل . فأما إذا تمكن من استنكاح هذه المعينة بمهر مثلها لم يجز له الزيادة عليه إلا من الثلث حيث له وارث وأما مهر المثل فليس بمحابة وكذا الزائد عليه إذا لم يتمكن بدونه . ومن التسمية التى لها حكم بين الصحيحة والباطلة ما لا يصح جعله أو بمضه مهرأ كان يهرها عبداً فأنكشف حراً أو عبيد فأنكشف أحدهما حراً وهو المراد بقوله ﴿ فان بطل ﴾ المسمى ﴿ أو بمضه ولو ﴾ كان ذلك البمض الذى بطل ﴿ غرضاً ﴾ لها لا مالا نحو أن يتزوجها على عبد وعلى طلاق فلانة فأعطاها العبد ولم يطلق فلانة فإنه إذا اتفق شيء من

هاتين المسئلتين أو الأربع الآتية ﴿ وفيت مهر المثل ﴾ لأن التسمية انكشفت أنها باطلة فإذا بطل كله أعطاها مهر مثلها من جنس مهر المثل وصفته أو غيره مع التراضي وإن بطل البعض كأحد العبدین انكشف حرًا مع جهلها بحريته وفيت على جهة التراضي - مع العبد الباقي - مهر المثل إن نقص عنه وإذا لم يدخل بها مع هذه التسمية فلها المتممة فقط مع الطلاق .. أما لو علمت بحرية الآخر فانها لا تستحق إلا العبد لأن التسمية صحيحة حيث كانت قيمة العبد عشر قفال فصاعدا .

﴿ المسئلة الأولى ﴾ من المسائل الأربع التي تستحق توفية مهر المثل قوله ﴿ كصغيرة ﴾ أو مجنونة ﴿ سمي لها ﴾ وليها وهو ﴿ غير أبيها دونه ﴾ أى دون مهر المثل فانها توفى مهر المثل، فإذا كان الزوج لها أبوها أو وكيله بمعين لم تستحق توفية ﴿ المسئلة الثانية ﴾ قوله ﴿ أو كبيرة ﴾ سمي لها ولي نكاحها دون مهر المثل ﴿ بدون رضاها ﴾ أى لم ترض بالتسمية فأما النكاح فقد كانت أذنت به فانها تستحق أن توفى مهر المثل ﴿ ولو ﴾ كان ﴿ أبوها ﴾ هو المسمى لها فان لها أن تمترض وأما لو وضيت بدون مهر المثل جاز ذلك ولم يكن للأولياء الاعتراض عندنا إذ ليس عليهم في ذلك غضاظة .

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ قوله ﴿ أو ﴾ زوجها وليها ﴿ بدون ما ﴾ قد كانت ﴿ رضيت به ﴾ من المهر ولو يسيراً فانها تستحق أن توفى مهر المثل كالوكيل المعين له الثمن فينقلب فضوليًا بمخالفة ماعين وإن قل، وسواء كان الزوج لها أبوها أو غيره . فلو أمرت الولي أن يعقد بمائتين فمقد بمائة وخمسين ومهر المثل مائة فانها قبل الاجازة تستحق المائة فقط . وبعد ما تستحق التتميم إلى مائة وخمسين .

﴿ المسئلة الرابعة ﴾ قوله ﴿ أو ﴾ أذنت بالنقص من مهر المثل إذا زوجها فلانها وأمرت أن لا ينقص لغيره فنقص وليها ﴿ لغير من أذنت له بالنقص ﴾ فانها تستحق أن يوفى الزوج مهر المثل ولا تستحق أن توفى مهر المثل إلا ﴿ مع الوطاء في السكل ﴾

من المسائل الست وهي قوله فان بطل أو بعضه إلى هنا، فان وطئها لزمه أن يوفىها مهر المثل فأما إذا لم يكن قد حصل وطء لم تستحق في جميعها شيئاً إلا المتعة مع الطلاق . وعقد النكاح في جميع هذه الصور نافذ ويبقى المهر موقوفاً على إجازتها فإذا أجازت بعد الدخول لم تستحق إلا المسمى لأن لزوم مهر المثل كالشروط بأن لا تحيز والإجازة تنعطف إلى وقت العقد .

﴿ قيل و ﴾ هذه المسائل الأربع عقد ﴿ النكاح فيها موقوف ﴾ الفائل هو صاحب البيان حكى ذلك عن كتاب التخریجات . ومعناه أن النكاح غير نافذ في مسألة الصغيرة العاقد لها غير أبيها بدون مهر المثل ومسئلة الكبيرة التي أذنت بالعقد ولم يذكر المهر وعقد لها بدون مهر المثل ومسئلة من عقد لها بنقص على مهر المثل لغير من أذنت له فالعقد في هذه المسائل الأربع موقوف ﴿ لا ينفذ إلا بإجازة العقد ﴾ ولو قد حصل الإذن من قبل لكنه لما خالف في حق الكبيرة المهر إما مهر المثل أو دون ما رضيت به أو لغير من أذنت بالنقص له انقلب فضولياً وعقد الفضولي لا ينفذ إلا بالإجازة من بعد وإلا فهو كلاً عقداً، فتستحق المسمى إن أجازت، ويكون إجازة للعقد والمهر معاً، وإن وقع الدخول مع الجهل قبل الإجازة استحققت مهر المثل ولا حكم لذلك العقد فتفسخه من بعد بمعنى تردّه إلى أن تخير من بعد فيلزم لها المسمى إلا أن تشرط كون المهر كذا ورضى الزوج لزم وإلا فلها الفسخ ولو كان قد دخل . قال الإمام عليه السلام: ذكر صاحب البيان هذا الحكم في مسألة من زوّجت بدون ما رضيت به فأقسنّا المسائل الثلاث الآخر عليها إذ هي لا تفارقها فيكون الحكم واحداً في الكل وهو كون النكاح موقوفاً لا ينفذ إلا بالإجازة ولو حصل دخول . وكان الإمام عليه السلام يقوّم هذا وإنما أتى بقليل لإبراءة قائله لا لتضعيفه والصحيح أن النكاح قد انبرم في جميع هذه المسائل الأربع لحصول الإذن به وإن خولف في قدر مهر المثل أو قدر ما رضيت به أو لغير من أذنت بالنقص له إذ لا تلازم بين كون المسمى موقوفاً على الإجازة وكون

العقد يكون كذلك بل قد وقع العقد بالإذن به وكانت التسمية باطلة يرجع فيها إلى مهر المثل بالدخول وليس أبلغ مما لم يسم رأساً مع صحة العقد بذلك .

ولا ينفذ العقد الموقوف بالإجازة إلا إذا كان فعل الإجازة ﴿ غير مشروط بكون المهر كذا ﴾ فأما إذا كان فعل الإجازة مشروطاً لم تصح الإجازة حتى يثبت الشرط . مثال ذلك أن تقول المرأة أجزت العقد بشرط أن يكون المهر كذا فإنه لا ينفذ العقد بإجازتها إلا إذا كان ذلك المسمى مثل ما ذكرت ولو فوق مهر المثل فإن كان مخالفاً لذلك لم ينفذ العقد بهذه الإجازة ولا يبطل لأن العقد الموقوف لا يبطل بمجرد الامتناع من الإجازة وإنما يبطل بالرد أو بجرى عرف أن الامتناع رد ، وهذا الشرط ليس برد وإنما هو امتناع من الإجازة فيعرض ما رسمت من المهر على الزوج فإن التزمه لها نفذ ذلك العقد الموقوف وإن لم يلتزمه بل رد ذلك بطل العقد بمجرد الرد .

﴿ و ﴾ لو عقد الرجل لابنه البالغ أو بنته البالغة وسمى لزوجته ابنة فوق مهر المثل ولا بنته دونه ولم يؤذن بالعقد والتسمية فقالا أجزنا عقد النكاح لا المهر المسمى أو كل واحد قال كذلك كان قولهما لا المهر ﴿ كالشرط ﴾ أى يجرى قولهما ﴿ أجزنا العقد لا المهر ﴾ بجرى قولهما أجزنا العقد بشرط كون المهر كذا فلا ينفذ عقد النكاح حينئذ بهذه الإجازة بل يعرض ما يرسمانه من المهر فإن رضى به الآخر نفذ العقد وإلا بقى موقوفاً على الإجازة حيث لم يحصل رد فأما إذا أجازا العقد والمهر صح ذلك فإن أجازا النكاح وسكتا عن المهر فعليهما بما سمي يصح أيضاً ومع جهلهما به يبق موقوفاً على إجازتهما .

﴿ و ﴾ لو علمت المرأة بالعقد وما سمي لها فيه فلم يصدر منها لفظ إجازة لكن مكنت الزوج من نفسها كان تمكينها له ﴿ كالإجازة ﴾ للعقد والمهر معاً حيث وقع ﴿ التمكين ﴾ بالوطء أو أى مقدماته ﴿ بعد العلم ﴾ بالعقد والتسمية .. فأما لو جهلت العقد لم يكن التمكين إجازة وتجد ان مكنته من نفسها لأنها زانية مالم تلحق منها

الإجازة بعد أن تعلم فيسقط الحد للشبهة وهو تقدم العقد . وأما لو علمت العقد وجهت التسمية فلا إشكال أن التسمية تبقى موقوفة على إجازتها وكذا العقد يبقى موقوفاً أيضاً فيبطل إذا ردّت التسمية ولم ترض بها .

﴿ ١٤٨ ﴾ ﴿ فصل ﴾

﴿ و ﴾ الزوجة المكلفة يجوز ﴿ لها ﴾ ولولى مال زوجة غير مكلفة كصغيرة ومجنونة ﴿ الامتناع ﴾ عن الزوج من الوطاء ومقدماته ولا إثم به ولو كان معسراً وكذا من الخروج معه ولا تعد بذلك ناشزة ويلزم لها النفقة والكسوة والسكنى، حتى يسمى لها مهرأ إلى آخر المسئلة الآتية قريباً، لكن لا يجوز لها الامتناع إلا ﴿ قبل الدخول ﴾ بها لأنها قبل ذلك - ولو بعد الخلوة والمقدمات - كالبيع في يد البائع له الامتناع عن تسليمه حتى يوفر له الثمن . فأما بعد الدخول ﴿ برضاء الكبيرة ﴾ فليس لها أن تمتنع بعد أن دخل بها برضاها وأباً لو دخل بها بغير رضاها نحو أن تكون نائمة أو سكرى أو مكرهة فلها الامتناع بعد ذلك لأن دخوله كلا دخول .

﴿ و ﴾ كذا إذا دخل برضاء ﴿ ولى مال الصغيرة ﴾ أو المجنونة لم يكن للولى أن يمنعها منه حتى يسمى لها مهرأ أو نحو ذلك لأنه قد لزم بالدخول مهر المثل . وكذا لا يجوز لها إذا بلغت أن تمتنع . فأما لو دخل بالصغيرة من دون رضاء ولى مالها أو برضاء لغير مصلحة فدخوله كلا دخول فيجوز لها الامتناع بعد ذلك حتى يمين ثم حتى يسلم .

واعلم أنه لا يخلو إما أن يكون سمي لها الزوج مهرأ أم لا : فإن لم يُسم - وقد أذنت بالنكاح من دون تسمية - جاز لها الامتناع منه ﴿ حتى يسمى ﴾ لها مهرأ إلى قدر مهر المثل وليس لها طلب أكثر منه فإن لم يسم سمي لها الحاكم إلى قدر مهر المثل لا فوّه إلا برضاء الزوج ولا أقل منه إلا برضاء الزوجة ﴿ ثم ﴾ إذا سمي جاز لها أيضاً

أن تمتنع بعد أن سمي ﴿ حتى يعين ﴾ لها ذلك المسمى مالا مخصوصا من غير النقدين لاستحقاق المنافع فلو عين نقداً حتى يسلم إذ لا يعين ﴿ ثم ﴾ إذا عينه جاز لها أيضاً أن تمتنع بعد التعيين ﴿ حتى يسلم ﴾ ذلك المين إليها فإن كان قد سمي من أول الأمر جاز لها الامتناع حتى يعين ثم حتى يسلم . فإن كان قد سمي وعين امتنعت حتى يسلم ولو كان معسراً ﴿ ما لم يؤجل ^(١) ﴾ المهر مدة معلومة لفظاً أو عرفاً . وإنما يصح الانظار بالتسليم لا بالتسمية والتعيين . وليس في حكم المؤجل ما جرى به العرف في كثير من الجهات أن لا يسلم المهر إلا إذا طلق الزوج أو مات بل لا بد أن يكون ما جرى به العرف مدة معلومة وإلا لم يلزم ما جرى به العرف . فإن كانت قد أجلته بالمهر لم يكن لها الامتناع . فإن دخل بها قبل حلول الأجل لم يكن لها المطالبة حتى يحل ولا أن تمتنع نفسها عند الحلول ما لم تسلم نفسها بشرط صحيح ثم لم يحصل .

﴿ وما سماء ﴾ الزوج مهرراً أو عينه لزوجته ﴿ ضمنه ﴾ لها فإذا تلف ولو بأفة سماوية لزمته قيمته إن كان قيمياً ومثله إن كان مثلياً ﴿ و ﴾ يضمن أيضاً ﴿ ناقصه ﴾ عيناً أو صفة إذا نقص ولا يزال في ضمانه ﴿ حتى يسلم ﴾ للمرأة أو يخلى تخلية صحيحة . وأما إذا كان قد حصل في المهر زيادة فإنه ﴿ لا ﴾ يضمن تلك ﴿ الزيادة ﴾ إذا نقصت أو تلفت سواء كانت منفصلة كالولد والشعر أو متصلة كالسمن والكبر ﴿ إلا ﴾ أن تلف أو تنقص ﴿ بجنايته أو ﴾ يكون تلفها أو نقصانها بعد ﴿ تغلبه ﴾ عليها مع التمسك من التسليم بأن تطالبه الزوجة بالمهر وقد حصلت الزيادة فيه فتغلب عليه وسواء كانت الزيادة في القيمة فقط أم في المين ، مثال الزيادة في القيمة : أن يعمرها سبعة قيمتها عشرون فعلاً جنسها حتى صارت قيمة مثلها ثلاثين فطالبته فتغلب عليها ثم رخصت حتى رجعت إلى عشرين فإنه يضمن لها قدر زيادة السعر وهي عشرة ، هذا

(١) ومن اختيارات إمام الزمن أبيه الله أن المهر لا يؤخر بمجرد العرف في تأخيرها ولو لمدة معلومة إلا لمرط حال العقد أو كان متواطئاً عليه لزم الوفاء بذلك المرط . انتهى .

حيث تلفت العين وإن كانت باقية فلا يضمن الزيادة... وبمثال الزيادة في العين أن يمررها ناقة فتلد أو شاة فيحصل منها صوف أو سم أو لبن أو ولد فتطالبه بالمهر وزيادته فيتغلب ثم تلف تلك الزيادة أو تنقص نقصان عين أو صفة فإنه يضمنها لأجل التغلب . وهكذا لو تلفت بجنايته أو نقلها لنفسه فإنه يضمنها ضمان غصب سواء كان قد طوّل أم لا .

﴿والحاصل﴾ أن المهر لا يخلو إما أن يكون ديناً بمعنى غير معين أو معيناً : فإن كان غير معين فالواجب تسليمه على صفته فإن تعذر في البريد سلم قيمة المثل وقت الطلب إن قارن التسليم وإلا فيوم التسليم . وكذا القوم ، وإن كان معيناً فإن كان مثلياً سلمه بعينه ولا عبرة باختلاف سعره ولا بامتناع الزوج من التسليم أو الزوجة من القبض مع عدم التخلية، فإن تلف فثله إن وجد في البريد وإلا فقيمته يوم الطلب إن قارن التسليم وإلا فيوم التسليم، وإن كان قيمياً فإن كان باقياً على صفته يوم التسمية والتعيين سلمه وسواء كان قد نقصت قيمته أو زادت وسواء كان قد طوّل أو طوّل أم لا . وأما إذا كان قد تغير عن حاله فإن تغير إلى زيادة كالولد والصوف سلمه بزيادته إن بقيت وإن تلفت ضمنها ضمان غصب إن تجددت مطالبتة بعد حدوثها مع التمكن من التسليم أو جنى عليها أو نقلها لنفسه وإلا فلا . وإن تغير إلى نقصان عين كما حدى الشاتين لا نقصان صفة فيخير كسائر العيوب سلم الباقي منه وضمن أيضاً قدر ذلك النقصان سواء كان بجناية منه أم لا . وأما إذا كان تالفاً فإن تلف على حاله يوم التسمية ضمنه وإلا فرق بين أن يكون ثم امتناع من أحدهما أم لا . وإن تلف بعد زيادة فيه فيضمن الأصل مطلقاً أعنى قيمته يوم التعيين سواء حصل امتناع من أحدهما أم لا ويضمن الزيادة أيضاً إن طوّل بها بعد حدوثها فامتنع أو جنى عليها أو نقلها لنفسه . وإن تلف بعد نقصان عينه أو قيمته فإن لم تطالبه الزوجة بالتسليم أو طالبته فامتنع ضمن قيمته يوم المقد إن قارنته التسمية وإلا فيوم التسمية . وإن

كانت هي الممتنة من قبضه ولم يحصل تخلية صحيحة فإنه يضمن التقصان .
﴿ فإن ﴾ كان المهر أمة ثم إن الزوج ﴿ وطى قبله ﴾ أى قبل تسليم الأمة
﴿ المصدقة ﴾ أى التى سدها صداقاً لزوجته فيثبت له أحكام . وإنما يثبت بشرط أن
يطأها ﴿ جهلاً ﴾ منهما بتحريم ذلك . فإن وطئها علماً فلذلك أحكام سنذكرها في
آخر المسئلة، فاما مع الجهل فله ثمانية أحكام :

﴿ الأول ﴾ قوله ﴿ لزمه ﴾ للمرأة ﴿ مهرها ﴾ أى مهر الأمة المصدقة وهو عشر
قيمتها. وإنما يلزمه إذا لم تفسخها الزوجة بالعيب الحادث بالوطء فأما لو فسختها وطلبت
مهر المثل لم يلزمه ذلك بل قيمتها سليمة قبل العيب . ﴿ و ﴾ ﴿ الثانى ﴾ أنه ﴿ لا حد ﴾
عليه لأن الجهل شبهة ﴿ و ﴾ ﴿ الثالث ﴾ أنه ﴿ لا ﴾ يثبت ﴿ نسب ﴾ الولدان علقت
منه فى هذا الوطاء ﴿ و ﴾ ﴿ الرابع ﴾ أنها ﴿ لا نصير ﴾ هذه الأمة ﴿ أم ولد ﴾ لهذا
الذى وطئها ولوعادت له لأن ثبوت الأمة أم ولد فرع عن لحوق الولد بمن علقت منه
وهنا لم يلحق ﴿ و ﴾ ﴿ الخامس ﴾ أن الزوجة حينئذ ﴿ تحير بين ﴾ ثلاثة أمور: أما
وأخذت ﴿ عينيها ﴾ أ ﴿ و ﴾ أخذت ﴿ قيمتها ﴾ أ ﴿ و ﴾ أخذت ﴿ مهر المثل ﴾ أى
إن شاءت أخذت الأمة وولدها وعقرها أيضاً وإن شاءت طلبت قيمتها يوم الرد
وعقرها ^(١) أيضاً وهو عثر قيمتها إذا كان مهر المثل مثل القيمة أو دون لافوقها فقد
رضيت بالنقص فلا خيار وإن شاءت طلبت مهر المثل .

﴿ والسادس ﴾ قوله ﴿ ثم إن طلق ﴾ الزوج هذه المرأة أو فسخ من جهته
﴿ قبل الدخول ﴾ بها وقبل الخلوة الصحيحة وقد اختارت الأمة وولدها مع العقر

(١) العقر بالضم مهر المرأة إذا وطئت عن شبهة. وأصله أن واطى البكر إذا انقضت فيسمى
مانعاه للعقر عقرأ، ثم صار عاماً لها ولثيب، وقد صار فى الاصطلاح لمهر الأمة . وإلا فأسماء المهر
ثمانية وقد جمعها السيد صارم الدين فى قوله :

صداق ومهر نخلة وفريضة . حياء وأجر ثم عقر علائق

﴿عادت له﴾ بمعنى للزوج والمراد استقر له ﴿إنصافها﴾ أى إنصاف الأمة وولدها وعقرها . فأما لو كانت قد اختارت القيمة أو مهر المثل فالمذهب أنه يبطل خيارها بالطلاق ولا تستحق إلا نصف الأمة والولد والعقر ولو طلبت القيمة أو مهر المثل لم تسمع . ﴿والسابع﴾ قوله ﴿فيعتق الولد﴾ بملك الزوج لنصفه بالطلاق سواء تقدم إقرار الأب أنه ابنه أم تأخر . وكذا لو لم يكن قد ادعاه كولد من الزنى فإنه يعتق عليه .

﴿و﴾ ﴿الثامن﴾ أنه إذا عتق الولد بهذا السبب وجب عليه أن ﴿يسمى بنصف قيمته﴾ يوم العتق ﴿لها﴾ أى للزوجة ولا يجب على الزوج ضمان النصف لو مات قبل أن يسمى للمرأة شيئاً لأنه غير متعبد بالسبب وهو الطلاق قبل الدخول فوقع العتق بانتقال ملكه إليه بغير فعله كمن يرث نصيباً من ذى رحم محرم عليه فإنه يعتق عليه ولا يضمن لشريكه نصيبه حينئذ . هذه أحكام الوطء مع الجهل .

وأما إذا وطئها علاناً بالتحريم فإنها تثبت هذه الأحكام الاثنين منها : ﴿الأول﴾ سقوط الحد فإنه لا يسقط عنه ﴿والحكم الثانى﴾ أنه لا يلزمه المهر إن كانت ثيباً ولو مكرهة ولا عقر عليه سواء علق أم لا ، أو بكرأ مطاوعة فإن كانت مكرهة فنصفه كما سيأتى إن شاء الله تعالى

﴿مسئلة﴾ اختلف العلماء فى فوايد المهر الفرعية والأصلية فالمذهب أن حكمها حكم المهر تملكه المرأة بالدخول أو ما فى حكمه ونصفه بالطلاق أو ما فى حكمه قبل الدخول .

﴿فصل﴾

﴿١٤٩﴾

﴿ولا شيء فى إفضاء الزوجة﴾ ما لم يقصد فيضمن . قال فى الانتصار : هو أن يفتق الحاجز بين موضع الجماع والبول أو بين السبيلين . . واعلم أنه لا يلزم فى ذلك

أرشد بثلاثة شروط ﴿الأول﴾ أن يكون في زوجته فأما لو كان في أجنبية فسيأتى تفصيل ذلك . ﴿الشرط الثاني﴾ أن تكون زوجته ﴿صالحة﴾ لمثله فأما لو كانت صغيرة لا تصلح مثلها للجماع لمثله لزمه الأرش وهو مهر المثل ويكون على عاقلته إن ظن صلاحها وبلغ أرشد موضحة وإذا دخل بها بعد أن صلحت لزمه المهر ، فلو اختلفا بعد ما افتضاها هل كانت صالحة للوطء أم لا ، فالذهب وهو قول الإمام الهادي أن الأصل فيها الصغر فتكون البينة على الزوج بالصلاح ويكفى في ذلك عدلة . هذا إن أضافا إلى وقت متقدم يحتمل فيه الصلاح وعدمه لا مع الإطلاق وهي الآن صالحة فإنه يحكم بأقرب وقت وهو الصلاح وعلى المرأة البينة أنه دخل بها وهي غير صالحة .

﴿الشرط الثالث﴾ أن يكون الإفضاء ﴿بالمعتاد﴾ فعلاً وآلة في الموضع المعتاد وهو أن يطأها بإحليله مع عدم قصد الإفضاء وإلا لزمه الأرش ﴿لا﴾ إذا أفضى زوجته الصالحة ﴿بغيره﴾ أى بغير المعتاد من عود أو إصبع أو نحوها فيفضيها فإن الأرش يلزمه « وإن رضيت » لأنه لا يستباح بالإباحة . فلو كان لرجل آلة كبيرة إذا وطئ أفضى فليس له أن يستوفى حقه فإذا فعل ضمن .

﴿أو﴾ أفضى ﴿بغيرها﴾ أى غير زوجته فإن الأرش يلزمه سواء كان بالمعتاد أم بغيره بشرط أن تكون ﴿كارهة﴾ للفعل من أوله غير مطاوعة ولو بقى لها فعل أو مغلوطةً بها ولو مطاوعة لأنها تظنه حقاً فإنه إذا أفضاها ﴿فكبل الدية﴾ يلزمه في هاتين الصورتين أعنى حيث أفضى زوجته بغير المعتاد أو أفضى غير زوجته وهي كارهة وسواء كان بالمعتاد أم لا . وإنما يلزمه الدية بالإفضاء ﴿إن سلس البول﴾ أو الفائط مستمراً أو كان استمراره أكثر من انقطاعه . فلو انقطع فالثالث مع أرشد الجنابة فعلي هذا يلزم ثلثا الدية وديتان إن سلساً معاً وحكومة إن سلس الريح وحده . ﴿وا﴾ ن ﴿لا﴾ يقع سنس البول باستمرار ولا بانقطاع بل جرحها وأدامها جرحاً زائداً على ما يحدث من الانقباض في المادة ﴿فثلثها﴾ أى فأرشد ذلك ثلث الدية فقط لأنها

جائفة ، ويلزم هذا الأرض وهو الدية أو ثلثها ﴿ مع المهر لها ﴾ أى للزوجة ﴿ والمغلوط بها ﴾ سواء غلط بها في زفاف أو غيره وسواء كانت بكرًا ولو بغير المعتاد أم ثيبًا بالمعتاد ﴿ ونحوهما ﴾ وهى التى تزوّجت فى العدة ظانة أنها قد انقضت أو نحو ذلك ^(١) . وعلى الجملة فشكل وطء محرم لا يوجب حدًا على الواطئ أو الموطوء فهو يوجب المهر ^(٢) فان حصل مع الوطء إفضاء لزم الأرض .

﴿ و ﴾ يجب ﴿ نصفه ﴾ أى نصف المهر ﴿ لغيرها ﴾ أى إذا وطئ غير زوجته وغير المغلوط بها ونحوهما فلزمه الحد بوطئها فانه يلزمه نصف المهر فقط مع الأرض الكامل الذى تقدم إن أفضاها . وإنما يلزمه نصف المهر بشرطين : ﴿ أحدهما ﴾ أن تكون ﴿ مكروهة ﴾ مكلفة فان كانت مطاوعة فلامهر لها ولا أرض أيضًا ﴿ الشرط الثانى ﴾ أن تكون ﴿ بكرًا ﴾ فلو كانت ثيبًا لم تستحق شيئًا من المهر ولو كانت مكروهة بل الأرض فقط إن أفضاها .

وإنما يسقط عنه نصف المهر حيث افتض البكر المكروهة ﴿ بالمعتاد ﴾ وهو أن يفتنضها بإحليله لأنه من حيث إنه جان بأذهاب بكارتها يلزمه جميع المهر ومن حيث انه زان لا يلزمه شيء فيلزمه نصفه مع الحد ﴿ و ﴾ أما لو أفضاها ﴿ بنيره ﴾ ولومطاوعة نحو أن يفعل بأصبعه أو عود أو نحوهما فانه يلزمه المهر ﴿ كالد ﴾ حينئذ لأجل إذهاب بكارتها ولم يلزمه الحد لأنه لو لزمه الحد سقط نصف المهر . فان أفضاها بذلك لزمه مع كل المهر كل الأرض وهو الدية إن سلس البول وثلثها إن استمسك .

﴿ فرع ﴾ لا يجوز للزوج أن يفتض زوجته بالإصبع مع التمكن من افتصاصها بالمضو المخصوص لأنه خلاف ما شرع وللتربط بالنجاسة من غير ضرورة .
﴿ فرع ﴾ وإذا أذهبت امرأة بكارة امرأة بأصبعها أو نحوها وجب العقر .

(١) امرأة المفقود أو زوجت بغير ولي وشهود .

(٢) « غالباً » احتراز من المبيعة قبل التسليم فانه لا أرض لها ولا حد ولا مهر ا هـ .

﴿فصل﴾ (١٥٠)

﴿و﴾ عيوب النكاح أحد عشرة ﴿يرادان﴾ أى ثبت للسليم من الزوجين إذا ظهر فى الآخر أى العيوب الفسخ به ﴿على التراخى﴾ لا على الفور فلو علم بالميب ولم يفسخ من حينه لم يبطل خياره بل له أن يفسخ متى شاء ما لم يحدث منه قرينة رضاء بذلك الميب ، والفسخ بها أيضاً ﴿بالتراضى﴾ ان حصل مع اتفاق المذهب انه عيب يرد به النكاح ويعتبر فى كل فسخ أن يكون فى وجه الآخر أو علمه بكتاب أو رسول ولا يفتقر إلى قبول وليس للمميب أن يفسخ نفسه سواء كان السليم قد رضى بالميب أم لا .

﴿و﴾ ن ﴿لا﴾ يقع بين الزوجين تراض بالفسخ أو اختلاف المذهب ﴿فبالحاكم﴾ أى لم يصح الفسخ إلا بأن يحكم به الحاكم .

﴿مسئلة﴾ قال فى البيان وهامشه : « ومن ادعى الميب من الزوجين فى صاحبه وأنكر الآخر فعلينه البينة به إذ الأصل عدمه لكن حيث الميب الزوج تكون البينة بعدلين وحيث هى الزوجة يكفى فى البينة عدلة حيث يكون الميب فى العورة المغلظة لا فى غيرها فبعدلين وسواء كان ظاهراً أو خافياً فى المستور من بدنها غير العورة وكذا فى الأمة المشتراة إذا ادعى المشتري أن بها غيباً فى العورة يبين بعدلة وفى سائر البدن بعدلين ويبين بعدلين أن ذلك عيب ينقص القيمة » .

ولما يكون الفسخ بآيتهما على التراخى ﴿قبل الرضى﴾ بالميب فأما لو علم بالميب فرضى بصاحبه بلفظ أو فعل يقتضى الرضى فيقر الفكاح ولا يفسخ بعد ذلك ما لم يحدث غير ذلك للميب تجدد الخيار ولو فى عضو واحد . واعلم أن الرضى الذى يبطل به الخيار يكون بأحد أمور ثلاثة: ﴿الاول﴾ أن يعقد أو يجيز وهو عالم بعيبها وكذا إذا أذنت بالعقد أو أجازت وهى عالة بعيبه ﴿والثانى﴾ أن لا يقع علم بالميب قبل العقد لكن حين علم بالميب قال رضيت به ﴿والثالث﴾ أن يطأها أو يخلو بها بعد العلم بعيبها وكذا

هي إذا خلت بالمعيب أو طلبت المهرعالة بعينه ، وبأن لها الخيار ، غير مكرهة ، بالغة ، سقط خيارها ولو جهلت كون ذلك يبطل خيارها .

﴿ نعم ﴾ ومذهبنا أن عيوب النكاح منحصرة في ثلاثة ضروب : ضرب عام بالزوجين من وجد فيه كان عيباً في حقه ، وضرب خاص بالزوجة وضرب خاص بالزوج ﴿ أما الضرب الذي يعمهما ﴾ ففي أحوال خمسة قد بينها الإمام عليه السلام بقوله ﴿ بالجنون والجذام والبرص ﴾ فهذه ثلاثة والرابع والخامس الرق وعدم الكفاءة كما يأتي . أما الجنون فهو زوال العقل بالسكينة على سبيل الاستمرار فإن كان يعرض في وقت كالصرع فقال في الانتصار إنه يرد به النكاح لما فيه من الوحشة والتنفير . قال في البحر ولو تباعدت نوباته . وكذا يرد به النكاح وإن لم يزل عقله بالسكينة إذا كان لا يعقل الخطاب فأما لو كان يعقل فالمذهب أنه ليس بعيب ما لم تخش منه المرأة ضرراً حال جنونه ، وأما الجذام والبرص فالمعيب منهما ما يعاف منه العشرة وإن لم يفحش ﴿ وإن عَمِمَا ﴾ العيب متفقاً بأن يكونا مجذومين أو مختلفاً بأن يكون أحدهما مجذوماً والآخر أبرص فإن ذلك لا يمنع من الفسخ .

﴿ فرع ﴾ ولامرأة المجذوم أن تمتعه من وطئها بعد رضاها ولو مكنته من قبل ثم منعت من بعد فلها ذلك ولا يكون نشوزاً من الزوجة بل حقوقها ثابتة عليه « قلت » وكذا لها أن تمتع كذلك إذا كان قد ظهر بالزوج نار فارس المعروف بداء « الزهرى » .

﴿ و ﴾ إذا انكشف أحدهما مملوكاً كان للحرّ منهما^(١) أن يفسخ الآخر ﴿ بالرق ﴾ إن لم يعلم بذلك قبل العقد ﴿ و ﴾ هكذا ﴿ عدم الكفاءة ﴾ نحو أن ينكشف أن أحدهما غير كفؤ للآخر في دينه أو نسبه جاز له أن يفسخه إن لم يكن له علم بذلك .

(١) أما إذا كان الذي انكشف هي الأمة فإن كان الزوج لا يجوز له نكاح الأمة فالنكاح فاسد ولا يحتاج إلى فسخ إذا حصل منها تدليس وإن كان يجوز له نكاح الأمة ثبت له الخيار اهـ

﴿ فرع ﴾ والرق داخل تحت عدم الكفاءة فإن حصل في كل واحد منهما وجه وضاعة فالذهب أن لكل واحد منهما الفسخ حيث يختلف الوجهان ويدعى كل واحد منهما أنه أعلى من صاحبة فيعتبر الحاكم العرف في المساواة وعدمها في المهن ولو اختلف الجنس كجزار ودبّاغ ونحوهما، وليس للأدنى أن يفسخ الأعلى لأنه كفو وزيادة . وأما حيث يتفق الوجه فالكفاءة حاصلة فلا تفاسخ ولذلك أخر الرق وعدم الكفاءة على قوله وإن عمهما . ولهذا لا يكون الرق كفواً بعد العتق لمن لم يسه الرق .

﴿ والضرب الثاني ﴾ من العيوب : هي التي تختص بالزوجة فقد ذكرها الإمام عليه السلام بقوله ﴿ ويردها بالقرن ، والرتق ، والعفل ﴾ أما القرن فهو انسداد الفرج بمظم ، وأما الرتق فهو انسداد الفرج باللحم مأخوذ من الرتق وهو الالتئام . . قال في الانتصار : وليس له أن يجبرها على فتق ذلك فإن فعلت ولو بغير أمره سقط خياره وإن كان بأمره بطل خياره معواء فعلت أم لا كالشترى إذا عالج المبيع الميب . وأما العفل فهو شيء يخرج من قبل النساء وحياء الناقة كالأدرة في الرجال .

﴿ والضرب الثالث ﴾ وهو الذي يختص بالزوج وقد أوضحه الإمام عليه السلام بقوله : ﴿ وترده بالجب ﴾ وهو قطع جميع الذكر مع بقاء الأنثيين . قال في البحر : والمراد حيث لم يبق من الذكر قدر الحشفة فأما إذا بقي من الذكر قدر الحشفة فلا خيار ﴿ والخصى ﴾ وهو رض الخصيتين مع بقاء الذكر ﴿ والسل ﴾ سلّ البيضتين مع بقاء الذكر ﴿ و ﴾ يثبت الخيار بهذه العيوب وإن لم يكن شيء منها ثابتاً من قبل بل و ﴿ إن حدث بعد العقد ﴾ ذكره أبو طالب . قال الإمام عليه السلام : وهو واضح كما لو حدث عيب في المستأجر ، والجامع بينهما كون العقد على النافع . ﴿ لا ﴾ إذا حدث شيء من هذه العيوب ﴿ بعد الدخول ﴾ لا الخلوة فإنه لا خيار بذلك نحو أن يحدث بالمرأة عفل أو في الرجل خصى أو نحوهما ﴿ إلا الثلاثة الأول ﴾ وهي الجنون والجذام والبرص

فإنها إذا حدثت بعد الدخول جاز الفسخ بها لأن هذه تُعاف العشرة معها بخلاف الجب ونحوه ، وإذا فسخت المرأة بعد أن دخل بها وكان الفسخ بعيب حادث من قبل الدخول فقد استحققت المهر المسمى بالدخول .

﴿ ولا يرجع ﴾ الزوج ﴿ بالمهر ﴾ الذي دفعه للمعينة ﴿ إلا على ولي مدلس فقط ﴾ وليس للزوج أن يرجع على المرأة بما دفع لها ولو دلست حرة كانت أو أمة ولا على الأجنبي إذا دلس وإنما يرجع على وليها ولو كان الإمام أو الحاكم أو وكيلها إذا كان عالماً عاقداً مدلساً . قال الفقيه يحیی: والتدليس هو أن ينطق بأنها غير معينة أو يسأل فيسكت مع العلم في الطرفين والقول قول الولي إذا ادعى الجهل لأن الأصل عدم العلم وبراءة الذمة .

﴿ مسألة ﴾ ومن تزوج امرأة على أنها بكر فوجدها ثيباً فلا خيار له فإن زاد لها في المهر لأجل البكارة لفظاً أو عرفاً كما في عرفنا الآن أن مهر الثيب النصف من مهر البكر فإنه يرجع الزوج بما زاد على مهر الثيب حيث تزوجها بكرًا ووجدها ثيباً وسواء زالت البكارة بالوطء أم بنيره وسواء وقع الوطء الذي زالت به البكارة حلالاً أم حراماً تكرّر أم لا .

قال المؤيد بالله وزيد بن علي والصادق والباقر والنفس الزكية وأحمد بن عيسى وأبو عبد الله الداعي والناصر وأبو حنيفة ومالك والشافعي ﴿ ويفسخ العنين ﴾ وهو الذي تعذر عليه الجماع لضعف في إحليله وقد يكون من ابتداء الخلقة وقد يكون عارضاً . وذهب القاسم والهادي وأبناء الهادي وأبو العباس وأبو طالب أنه لا يفسخ العنين وهو المختار للمذهب .

واختلف القائلون بفسخ العنين في تقدير تأجيله فقال المؤيد بالله لا يفسخ إلا ﴿ بعد إتمامه سنة شمسية^(١) غير أيام المدر ﴾ يعني إذا عرض في تلك السنة التي أمهلها (١) لأقرية . والشمسية تزيد على القمرية بأحد عشر يوماً . وإنما قدر بسنة لأنها تشمل =

عذر يمنع من الوطاء في العادة لم يجب عليه مدة حصول ذلك بل يجب أن يستكمل سنة لم يعرض في شيء منها عذر مانع ولا تحتسب أيام المرض والغيبة والنشوز بل يحل مثل تلك المدة في الفصول الأربعة .

﴿ ١٥١ ﴾ (فصل)

في ذكر الكفاءة وأحكامها : وقد اختلف العلماء في اعتبار الكفاءة على أقوال: المذهب ان المعتبر الكفاءة في الدين والنسب معاً أو ما في حكم النسب وهي الحرفة : فالذهب أن الحرفة الدنيئة تخرج الزوج عن الكفاءة ولو كان هاشمياً إن تضرر بها كما يتضرر بالنسب الدنيء ويعتبر في كل بلد بعرفها .

﴿ و ﴾ معنى ﴿ الكفاءة ^(١) في الدين ﴾ هو ﴿ ترك الجهار بالفسق ﴾ فأما لو لم يكن مجاهراً وكان فسقه خفياً لم يخرج بذلك عن الكفاءة ويعتبر بالدين حال العقد فإن طرأ الفسق من بعد فلا خيار وإن طرأت التوبة من بعد منعت الخيار. ﴿ ويلحق ﴾ الولد ﴿ الصغير ^(٢) بأبيه ﴾ ولو ميتاً لا بأمه ﴿ فيهما ﴾ أى في الدين والحرفة فإن كان أبو الصغير وأبو الصغيرة - ولا عبرة بالأم - فاسقين أو ذى حرفة دنيئة لم يكن ولدهما الصغير كفواً للمؤمن ولا لولد المؤمن ولا لذى صناعة رفيعة ولا لولده وإذا كانا مؤمنين أو ذى حرفتين رقيعتين كان كفواً. هذا في الصغير وأما في الكبير فإنه يعتبر في دينه وفسقه وحرفته بنفسه لا بأبويه إلا الصناعة فبأبيه مهما كان يتضرر بها .

== على الفصول الأربعة وهي الشتاء ، والربيع ، والصيف ، والخريف ، والطبائع تختلف باختلافها فلعلها تزول العنة في بعضها آه ...

(١) وتعتبر الكفاءة في المالك بالدين والنسب وموالى بنى هاشم وموالى العرب والعجم على

سواء آه ..

(٢) وولد الزنى ليس بكفو لأحد إلا لئله ولو مؤمناً لأن نسبه غير مستقر آه .

﴿ و ﴾ أما الكفاءة ﴿ في النسب ﴾ ^(١) فذلك ﴿ معروف ﴾ فمعجم النسب لا يحجم اللسان بعضها أ كفاء لبعض وليسوا أ كفاء للعرب . والعرب أ كفاء لبعضها لبعض وليسوا أ كفاء لقريش، وقريش أ كفاء إلا لبني هاشم، وبني هاشم أ كفاء إلا للفاطميين، والموالي ليس بأ كفاء للمعجم .

﴿ وتقتفر ﴾ الكفاءة ﴿ برضاء الأعلى ﴾ من الزوجين ﴿ و ﴾ رضاء ﴿ الولي ﴾ أى إذا رضى الزوج أو الزوجة بغير الكفو اغتفر عدم الكفاءة وجاز نكاح غير الكفو بهذين الشرطين وهو أن يرضى الزوجان بعضهما ببعض وأن يرضى ولي المرأة حيث رضيت بغير كفؤها نحو فاطمية رضيت ورضى الولي بإنكاحها من غير فاطمي فانه يحل . هذا مذهبنا .

﴿ قيل إلا الفاطمية ﴾ فانه لا يحل لإنكاحها من غير فاطمي ولو رضيت ورضى الولي . هذا القول للمنصور بالله وجماعة من أئمة الزيدية المتأخرين كالإمام المهدي على ابن محمد وولده صلاح، وقوى هذا القول من المتأخرين الملامة المحقق الجلال في ضوء النهار شرحه على الأزهار بأدلة وإهمية قاده إليها التمسك إذ يلزم من هذا القول أن لا يجوز نكاح أم كلثوم بنت علي رضى الله عنه من فاطمة لاسلم قط لأن الحسين وأولادها أخوها وأولاد أخويها ومن عدام غير فاطمي فيلزم رد ما علم ضرورة مع أن علياً عليه السلام زوجها من عمر بن الخطاب ولأن الرسول صلى الله عليه وآله وسلم زوج ابنتيه أم كلثوم ثمريّة من عثمان واحدة بعد واحدة، وزينب من ابن أبي العاص وغير ذلك وليست بنات فاطمة رضى الله عنها أرفع قدراً وأعظم شرفاً من بنات رسول الله

(١) وقال الجمهور إن الاعتبار كفاءة الدين ليس غير، ومنهم عمر وابن مسعود وغيرهما وأشار البخارى في صحيحه إلى قوته وحكاه في البحر عن مالك وأحد قولي الناصر وزيد بن علي واختاره إمام العصر أيده الله مع بلوغ المرأة ورضاها سواء رضى وليها أم لم يرض حيث لم يكن في ذلك ما يدعو إلى التخلق بقبائح الأخلاق والتهتك بسوء العادات ومخالطة الأجانب والتبرج والتساهل في الديانات اهـ .

صلى الله عليه وآله وسلم لصلبه ولهذا أشار الإمام عليه السلام إلى ضعف هذا القول بقوله قيل .

﴿ فرع ﴾ وإذا رضى أحد الأولياء بتزويج المرأة من غير كفؤ كان لسائر الأولياء أن يعترضوا سواء كانوا في درجة واحدة أم في درج، وكذا للقریب حق الاعتراض في الكفاءة في الذكر إذا كان في ذلك سقوط مروءة لأن عليهم غضاضة في الجملة . قال في الضياء : الغضاضة : اللين والذلة .

﴿ ويجب ﴾ على الزوج ﴿ تطليق من فسقت بالزنى فقط ﴾ من زوجته ويحرم عليه إمساكها ومداناتها مع تيقنه الزنى فإن أمسكها صار ديوثاً يجوز قتله مع رضاه بذلك، لا بمجرد التهمة وكلام الناس فيندب طلاقها ﴿ ما لم تنب ﴾ عن الزنى فإذا تاب لم يجب عليه تطليقها . وقوله بالزنى فقط يعني لا إذا فسقت بغير الزنى فإنه لا يجب على الزوج تطليقها . ويحرم تزويج زانية أصرت ولم تنب فإن تابت بعد أن زنت جاز، ويصح العقد والدخول بمن زنت من غير عدة ولا استبراء بحیضة ما لم يظن حملها .

﴿ فصل ﴾

﴿ ١٥٢ ﴾

في ذكر الباطل من النكاح والفساد والفرق بينهما ﴿ وباطله ما لم يصح إجماعاً ﴾ أي ما أجمعت الأمة على بطلانه كالنكاح قبل انقضاء العدة المجمع عليها ونحو ذلك، وسواء دخلا عالين أم جاهلين ﴿ أو ﴾ لا يصح ﴿ في مذهبهما ﴾ أي في مذهب الزوجين ﴿ أو ﴾ لا يصح في مذهب ﴿ أحدهما ﴾ ويدخل فيه ﴿ عالماً ﴾ بأنه خلاف مذهبه . مثال ذلك أن يكون مذهب الزوجين أن النكاح لا يصح إلا بشهود فينكحها بدون إشتهاد وهما عالمان أن مذهبهما خلاف ذلك أو أحدهما عالم . وكذا لو كان مذهب أحدهما أن الإشتهاد شرط ومذهب الآخر خلافه فإنه مع علم من مذهبه التحريم يكون باطلاً .

﴿ وحاصل الكلام ﴾ أنه لا يخلو الزوجان إما أن يكون مذهبهما الجواز أو التحريم

أو يختلفان: فإن كان مذهبهما جواز النكاح من غير إشهاد ونحوه فلا إشكال في صحة نكاحهما . وإن كان مذهبهما التحريم فإن دخلا فيه عالين كان باطلا وهما زانيان يحدان ولا مهر ، وإن كانا جاهلين وقت العقد كان فاسداً ولم يعترض فتنبه الأحكام التي ستأتي إن شاء الله تعالى، فإن علم أحدهما وجهل الآخر مع اتفاق المذهب فقال في البيان: إنه باطل لا يحتاج إلى فسخ حاكم إلا أنه يلحق النسب بالزوج إن كان جاهلاً، وإن كان عالماً كان زنى ولم يلحقه الولد . وأما إذا اختلف مذهبهما فكان مذهب أحدهما الجواز والثاني التحريم فانهما يتحاكان، فحاكم به الحاكم لزم الآخر ظاهراً وباطناً، فإن وقع دخول الحكم حد من لا يستجيزه إذا علم مع فسخ النكاح لا مع الحكم بصحته فلا حد . وأما من يستجيزه فع الجمل لا شيء عليه ومع العلم يحد .

﴿ فرع ﴾ لو كان الزوجان لا مذهب لهما رأساً ولم يمرقا التقليد ولا صفة من يقلد فدخل في نكاح موافقين فيه قول قائل فالمذهب أنهما يقران على ذلك النكاح . وأما ما ذكر من كون مذهب العوام مذهب شيعتهم كما ذكره الفقيه يوسف أو مذهب إمامهم كما ذكره غيره فذلك فيمن قد ثبت له طرف من التمييز وفهم كون مذهبه مذهب أولئك .

﴿ و ﴾ النكاح الباطل ﴿ يلزم فيه بالوطء فقط مع الجهل - الأقل من المسمى ومهر المثل ﴾ فإذا سمي لها مهرأ ودخل بها جاهلاً لبطلان العقد لزمه لها مهر المثل إن كان أقل من المسمى وإن كان المسمى أقل لزمه المسمى ولا حد عليه وإن لم يدخل بها فلا شيء لها ولو خلا بها خلوة صحيحة أو مات عنها لأن وجود هذا العقد كعدمه هذا مع الجهل وأما مع العلم فهو كالزنى في حق العالم فيلزمه الحد ولا مهر لها ولو كانت جاهلة وهو عالم . وإنما يلزم المهر مع جهلها لأن البضع لا يخلو من حد أو مهر . ولا يتكرر المهر بتكرر الوطء ما لم يتخلل التسليم لجميع المهر لا بعضه فلا يجب إلا ما بقى .

﴿ ويلحق النسب با ﴾ لرجل ا ﴿ لجاهل ﴾ لبطلان النكاح حال العقد ﴿ وإن

علت المرأة بأنه باطل (ولا حد عليه) لأجل الجهل (ولا مهر) عليه لها لوجوب الحد عليها. وأما إذا كان هو العالم وهي الجاهلة لم يلحقه الولد :
 (وفاسده ما خالف مذهبهما أو) خالف مذهب (أحدهما) مع كونهما (جاهلين)
 بالتحريم حال العقد (ولم يخرق الإجماع) مثال ذلك أن يكونا مقلدين لمن مذهبه
 وجوب الإشهاد أو أحدهما مقلداً له فيعقدان من دون إشهاد جاهلين بالتحريم معاً فإن
 هذا يكون فاسداً . وكذا ما أشبهه من الشروط المختلف فيها . (وهو كالصحيح)
 ولو بعد العلم يجوز الوطء فيه ويلزم المهر الأقل من المسمى ومهر المثل ويلحق النسب
 ويقع التوارث بينهما . وعلى الجملة فهو كالصحيح في جميع أحكامه (إلا في) اثني عشر
 حكماً فإنه يخالفه فيها ما لم يحكم بصحته كما هو كالصحيح .

﴿ الأول ﴾ (الإحلال) أي تحليل الزوجة التي قد طلقها الزوج ثلاثاً فبانت
 منه فإنها متى تزوجت زوجاً آخر نكاحاً فاسداً ووطئها لم يحل للأول بتحليل هذا
 النكاح عندنا (و) ﴿ الثاني ﴾ (الإحداد) ^(١) فإنه من تزوج امرأة بمقد فاسد
 ثم مات فإن العدة تلزمها ولا يلزمها الإحداد عليه . (و) ﴿ الثالث ﴾ (الإحصان)
 فإن الزوجين لا يصيران بالنكاح الفاسد محصنين فلا يرجعان لو زنيا . (و) ﴿ الرابع ﴾
 (اللعان) فإنه لا لعان بين زوجين بمقد فاسد . (و) ﴿ الخامس ﴾ (الخلوة)
 فإن تزوج بمقد فاسد نفلاً بها ولم يطأها فإنها لا تستحق شيئاً من المهر إلا المنة إن
 طلق (و) ﴿ السادس ﴾ (الفسخ) فإن النكاح الفاسد معرض للفسخ إما
 بتراضيهما أو بحكم الحاكم إن تشاجراً ولو قبل الدخول . والنكاح الفاسد يصح فسخه
 بعد الموت وسواء كان الفسخ من أحد الزوجين أم من ورثتهما ولو بعد قسمة الميراث
 وحكم الحاكم بصحة القسمة لأن الفسخ نقض للعقد من أصله . (و) ﴿ السابع ﴾

(١) سيأتي بيان الإحداد في كتاب الطلاق أثناء فصل ١٧٨ في شرح قوله « وعلى المكنته
 المسئلة الإحداد » اهـ .

﴿المهر﴾ فإن المهر بالدخول فقط في النكاح الفاسد هو الأقل من المسمى ومهر المثل
 ﴿والثامن﴾ عدم لحوق الاجازة له على قولنا ﴿والتاسع﴾ عدم الحنث به إن لم تجز
 به عادة ﴿والعاشر﴾ عدم اللبث في موضع العدة كالأحداد حيث فسخ بالحكم لا حيث
 طلق أو فسخ بالتراضي فهي عدة حقيقة ﴿والحادى عشر﴾ الإذن من السيد للعبد
 ينصرف إلى الصحيح ﴿والثانى عشر﴾ وجوب ما لزم العبد في الفاسد في ذمته إذا
 لم يكن منه تدليس وإلا فتعلق برقبته .

﴿فصل﴾

﴿١٥٣﴾

في معاشرة الأزواج وكيفية القسمة بين الزوجات وما يتعلق بذلك . قال الإمام عليه
 السلام وقد أوضحناه بقولنا ﴿وما عليها﴾ يعنى الزوجة ﴿إلا تمكين الوطء﴾^(١)
 والقعود في بيته أى لا يجب على الزوجة لزوجها شىء قط إلا تمكينه من نفسها للوطء
 ولزومها قمر بيته فإن امتنعت من الوطء وعظها لقول الله تعالى « واللاتى تخافون
 نشوزهن فعظوهن^(٢) واهجروهن في المضاجع واضربوهن » ويحسن أن يذكر لها
 ما في الصحيحين من قوله صلى الله عليه وآله وسلم : « إذا باتت المرأة هاجرة فراش زوجها
 لفتها الملائكة حتى تصبح » أى حتى تعود لطاعته ، وفي الترمذى عن أم سلمة رضى الله
 عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم « أيما امرأة باتت وزوجها راض عنها دخلت
 الجنة » فإن لم يؤثر هجرها في المضجع ما أمكن فإن لم يؤثر ضربها ضرباً غير مبرح
 لا يغير وجهها ولا يكسر عظمها . والهجر إنما هو في المضجع للآية لافى الكلام

(١) ومن اختيارات إمام الزمان أيده الله أن الزوجة يلزمها في بيت زوجها من الأعمال
 الداخلية والإصلاحات البيتية ما تعتاد من الأعمال الخفيفة مثل صنعة زادها وزوجها وولدها والنظافة
 وغير ذلك كما هو مذهب الإمام الهادى يحيى بن الحسين عليه السلام ١٠

(٢) الآية في عدد ٣٣ سورة النساء ١٥

فلا يجوز الهجر به لزوجة ولا غيرها فوق ثلاثة أيام ويجوز فيها لمفهوم الحديث الصحيح « لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاثة أيام » وفي سنن أبي داود « فمن هجره فوق ثلاث فمات دخل النار » وللزوج منعها من أكل ما يتأذى برأبها .

ويستحب لها ملازمة المغزلة للخبر والقيام بما يحتاج داخل البيت من الأشياء الخفيفة كعمل الطام ونحوه ونفض الفراش وبسطه ونحوه من المنافع اليسيرة لا الشاقة فلا يلزمها فإن فعلتها بغير عوض فلا شيء لها عليه فإن أكرهها على ذلك لزمتم أجرتها مع الإثم فإن فعلته طلباً لعشرته مع الأمر لها فإن حصل مرادها فلا شيء وإن لم يحصل رجعت عليه بالأجرة إن شرطتها أو اعتادتها وإلا فلا شيء . فإن كانت الزوجة صغيرة فالواجب على ولي مالها لا ولي نكاحها أن يمكن زوجها من وطئها ولا يجب عليها ولا على الولي إلا بشروط ثلاثة :

﴿ الأول ﴾ أن تكون بقول عدل ﴿ صالحة ﴾ مثله للوطء أو الاستمتاع ولو صغيرة فأما لو كانت صغيرة لا يوطأ مثلها مثله ولا تحتل الاستمتاع لم يجب بل لا يجوز تمكينه منها ، وهكذا إذا كانت مريضة تخشى من الوطء في تلك الحال التلف أو الضرر لم يجب عليها والقول قولها ولا يسقط حقها . وأما لو كان الجماع يضر بالزوج وهو يطلب تمكينه فالحق أن لا يجب عليها تمكينه .

﴿ الثاني ﴾ أن تكون ﴿ خالية ﴾ عن المانع الشرعي أو العقلي كأن تكون في مسجد أو حضور حاضر مميز للجماع ولو ضررتها فإن كان لم يجب بل لا يجوز تمكينها إياه ولا تمنع نفسها مع حضو الطفل الرضيع والنائم والبميد الذي لا يسمع كلام الجهر المتوسط مع الحائل من ظلمة أو غيرها مع عدم ملاصقة الحاضر للخائئين إذا لم يظن تفصيل ما هما فيه وذلك لأن الخلوة في لسان العرب وعرفهم لا ينقضها حضور الطفل ونحوه .

﴿ فرع ﴾ ويكره كراهة حظر أن يجمع بين زوجتيه في منزل واحد إلا بتراضيهما

لتأديته إلى الشقاق إلا أن لا يجد فيجوز لقوله تعالى : « وعلى المقتر قدره » ويكره أيضاً كراهة حظر وطء إحداهما في حفرة الأخرى لمخالفته المروءة .

ومن تمام الشرط الثاني أنه يجب عليها أن تتمكن من نفسها ﴿ حيث يشاء ﴾ في موضع يليق بها فلو طلبها أن تخرج معه من منزل إلى منزل أو من دار إلى دار أو من بلد إلى بلد لزمها ذلك ليمكن منها حيث يشاء ما لم يكن إلى دار حرب أو فسق أو بلد وباء أو قصد الضرر فلا يجاب والمرأة بحليفه ما قصد ضرارها . فإن خشيت منه سوء العشرة إذا غابت عن أهلها وعدم من ينصفها منه في جهته فليس لها أن تمتنع بل تطلب منه كفيلاً بما يجب عليه لها .

﴿ فرعان : الأول ﴾ لو طلبها الزوج إلى الخروج معه إلى بلد ولها أبوان (١) عاجزان أو مجنونان يمكنها التسكيب عليهما في بلدها دون غيرها : فالذهب أن لها أن تمتنع عن الخروج مع الزوج لأجلهما أو أحدهما ولا تسقط الحقوق لأنه قد اجتمع عليها واجبان : حق الزوج وحق الوالدين ، وحق الوالدين ألزم إذا خشيت عليهما التلف أو الضرر ونعمتهما عليها أبلغ من نعمة الزوج عليها ، ولو ألزم الزوج نفقتهما لم يلزمها الإسماع لأنه دخول تحت منة الغير . ﴿ الثاني ﴾ طلبها إلى الخروج معه إلى بلد آخر ولها غرماء يطالبونها بالدين : فالذهب أيضاً أنها تقدم القضاء إذا لم يمكنها القضاء إلا بالوقوف ولا يمكنها أن تستنيب غيرها للقضاء .

﴿ الشرط الثالث ﴾ أن يطلب منها تمكين الوطء ﴿ في القبل ولو ﴾ طلب أن يطأها في قبلها ﴿ من دبر ﴾ وجب عليها تمكينه ولو قد قامت إلى أداء صلاة في أول الوقت . فاما لو طلب الوطء في الدبر لم يجب ، بل لا يجوز لها تمكينه منه ، ويجوز لها قتله إن لم يندفع بدونه .

﴿ ويكره ﴾ كراهة تنزيه ﴿ الكلام حال ﴾ أي حال الجماع إلا ما لا يمكن تحسين

(١) أو أولاد صغار منه أو من غيره ١ هـ

المشيرة إلا به فلا كراهة ﴿و﴾ يكره ﴿التمرى﴾ حاله يعني أن لا يكون عليهما ثوب فأما تمرى الرجل إلى المرأة والمرأة إلى الرجل فذلك لا بد منه عند الجماع . ﴿و﴾ يكره للرجل ﴿نظر باطن الفرج﴾ من زوجته وأما ظاهره فلا كراهة ﴿و﴾ إذا عقد الرجل بأمرأة وهي في موضع نازح عن موضعه ويحتاج في تسليمها إليه مؤنة من كراء وغيره وجب ﴿عليه﴾ لا على زوجته ﴿مؤن التسليم﴾ وإن جهل موضعها عند العقد . وإذا أذن الزوج بذهاب الزوجة إلى أهلها فعليها في الذهاب أجره المحرم والراحلة وعليه نفقة السفر ومؤن رجوعها عليه كؤن التسليم الأول ما لم تكن ناشئة في بلد آخر فالؤن عليها حتى ترجع إلى بلد زوجها ولو تابت .

﴿و﴾ يجب على الزوج حراً كان أم عبداً ﴿التسوية بين الزوجات﴾ سواء كن إماء أو حرائر لا الملوكات إذا وطئن فلا قسمة عليه لهن ولا المطلقة رجعية من الحرائر ولا المدعية الطلاق .. ويجب التسوية بين المسلمة والذمية إذا لم يفصل الدليل على قول من يميز نكاح الكتائب ، ولا خلاف في وجوب العدل بين الزوجات على سبيل الجملة لقوله تعالى : « فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة » وهي التي ليست ذات بعل ولا مطلقة . وقوله صلى الله عليه وآله وسلم : « من كانت له امرأتان يميل لإحداهما على الأخرى جاء يوم القيامة يجرأ أحد شقيه ساقطاً أو مائلاً » . . أخرجه الدارمي وابن حبان والحاكم وإسناده على شرط الشيخين . قال في الانتصار : والصحيح والمريض والمجنون حيث لا وحشة منه والعنين والمحرم في ذلك سواء قال وكذا الزوجة الصحيحة والمريضة والرتقى والمحرمة والمجنونة إذا كانت تمقل الإيواء وهو الإيفاس سواء . ويجب القسم للمجدومة ولا يجب للبنت في منزلها ويعتزل الأخرى في ليلتها . وكذا يجب للمظاهرة والمولى منها ولا يَدُنُ من المظاهرة حتى يكفر .

وقوله ﴿ غالباً ﴾ احتراز من الطفلة التي لا تُشْتَعى ولا تمقل الإيواء .

وإنما يجب على الزوج التسوية بين الزوجات في شيئين : أحدهما ﴿ في الإنفاق ﴾

عليهن فيعدل بينهما في قسمة ذلك . قال الفقيه يحيى : ولا يجب عليه العدل إلا في قدر ﴿الواجب﴾ من الكسوة والنفقة بمعنى في الجودة والرداءة لا في القدر الواجب فيجب الكفاية فلا تجب حينئذ التسوية بين الصغيرة والكبيرة . وأما الزائد على الواجب فله أن يفضل من شاء فيه إلا أن يقصد حرج صدر الأخرى لم يجز .

﴿و﴾ ﴿الثاني﴾ مما يجب العدل فيه هو ﴿في الليالي والقبيلة﴾ أما الليالي فيجب عليه العدل في مبيتته^(١) مع أهله . والمراد بالقسمة في المبيت أن يجمعهما المنزل مع الخلوة بحيث لا يكون معهما ثالث مثل أخته وأمه إلا بإذنها إذا كان يخلو مع الأخرى لأنه تجب المساواة في المضاجعة كما لا تجب المساواة في الوطء . قال في البحر : وليس له الخروج ليلاً في نوبة إحداها إلا لضرورة أو بإذنها إذ هو حق لها . وأما القبيلة وهي الاستراحة نصف النهار إذا اشتد الحر وإن لم يكن معها نوم سواء اعتادها أم لا فإنه يلزمه العدل فيها وكذا في النهار غير القبيلة إذا كانت حرفته ليلاً كالحارس فإنه يجب عليه القسم بالنهار .

نعم ؛ وأما المسافة التي يقسم فيها فقال المنصور بالله : إنه يجب القسم ﴿في الميل﴾ ويعتبر الميل بين الضرتين من جدار البيت الذي فيه الزوجة إلى جدار الذي فيه الأخرى فهما اجتمع الضرتان في الميل عدل بينهما ومن كانت خارجة من الميل ولو في بلد واحد لم يلزمه القسم لها .

﴿مسئلة﴾ ولا تجب التسوية بين الزوجات في الوطء لأن سببه قوة الشهوة وميل القلب وإنما يلزم التعديل في المبيت فقط . فلو وطئ في قسم من لها القسم غيرها

(١) « تنبيه » اعلم أنه يجوز للزوج ترك القسمة بين الزوجات بأن يتخذ منزلاً منفرداً ويتركهن جميعاً فإذا أراد وطء إحداهن جاز له ولا يجب عليه قضاء الأخرى إذا لم يبيت معها وهذا حسن مخرج من وجوب القسمة والمشاخنة بينهما اهـ

جاز ذلك ويجب أن يكون سرّاً تجنباً للإيحاء وكذا لا يجب التعديل في المحبة وعمل النفقة وحفظ متاعه .

﴿ و ﴾ إذا كان له زوجتان حرّة وأمة فانه يقسم ﴿ للأمة نصف ما للحرّة ﴾ في الميث فيجعل للحرّة يومين وللأمة يوماً لا في الكسوة والنفقة فالواجب عليه لكل من الأمة والحرّة ما يجب لثلثها من مثله . ﴿ و ﴾ إذا تزوّج امرأة على امرأتين أو ثلاث وكان يعتمد القسم وجب عليه أن ﴿ يؤثّر ﴾ الزوجة ﴿ الجديدة ﴾ بمقدار برجة في الليالي والقيولة ﴿ الثيب بثلاث ﴾ ليالٍ ﴿ والبكر بسبع ﴾ متوالية فلو تزوّج بكريّن مما قدّم أيهما شاء فإن تزوّج ثيباً وبكراً قدّم البكر ولا يؤثّر الجديدة بما ذكرنا إلا ﴿ إن لم يتمدها ﴾ وحد التمدى مبيت ليلة أو أكثر فأما لو وقف مع الجديدة ثلاثاً أو سبعمائة تمدها في الوقوف معها أي زاد على الثلاث أو السبع بطل حق الجديدة إذا تمدها ﴿ برضاها ﴾ ولو صغيرة والمراد هنا بالرضا طلبها للزيادة لفظاً لا مجرد الرضا في النفس والسكوت من دون طلب فلا يسقط حقها من التأثير فلا يقضى الأخرى إلا الزائد على الثلاث أو السبع فلو لم يقف مع الجديدة الثلاث أو السبع في الابتداء لزمه قضاؤها وكان عاصياً في الابتداء .

﴿ و ﴾ الرجل ﴿ إليه ﴾ وولى الصغير الاختيار في ﴿ كيفية القسم ﴾ والتميين فإن شاء وقف مع كل واحدة يومين يومين وإن شاء ثلاثاً ثلاثاً وإن شاء أربعاً أربعاً ﴿ إلى السبع ﴾ ثم ﴿ إذا أراد الزيادة على التسبيع لم يجز له ذلك إلا ﴾ بإذنهن ﴿ ولو صغيرة مميزة فتذا رضين بذلك جاز ، ذكره الفقيه بحجى المذهب . فإن اختلفن اقتصر على السبع . قال في البحر : وندب جعل القسم يوماً وليلة لفعله صلى الله عليه وآله وسلم .

﴿ و ﴾ إذا وقف مع بعض نسائه أكثر مما وقف مع ضررتها فانه ﴿ يجب ﴾ عليه ﴿ قضاء ما فات ﴾ على الفور متتابعاً وإن لم تحصل مطالبته لأنه حق لآدى وينصح قضاؤه

نهاراً ومؤخراً إن رضيت الزوجة ﴿ ويجوز ﴾ للمرأة حرة كانت أم أمة ولو صغيرة مميزة ﴿ هبة النوبة ﴾ لمن شاءت من ضرائرها ولا تقتصر إلى قبول لكن الواهبة لا تخلو إما إن تهب لضررتها أو لزوجها أو تهب مطلقاً: فإن وهبت لضررتها استحققتها ولا تقتصر إلى قبولها بشرط أن تكون برضاء الزوج ، وإن وهبتها للزوج أو قالت خص بها من شئت فليس له أن يخص بها من شاء بل تصير الزوجة كالمدومة وكذا إذا أسقطت نوبتها كانت كالمدومة أيضاً .

﴿ و ﴾ يجوز لها ﴿ الرجوع ﴾ في هبتها إذا وهبت نوبتها وما معنى بعد الرجوع وقبل علمه به لا يجب عليه قضاؤها ﴿ و ﴾ يجوز للرجل ﴿ السفر بمن شاء ﴾ أى إذا أراد سفرأ خارجاً عن الليل استصحب من شاء ممنه ولا تجب عليه قرعة بينهن ولا القضاء للمقيات سواء أقرع بينهن أم لا ﴿ و ﴾ يجوز للرجل ﴿ العزل عن ﴾ زوجته ﴿ الحرة برضاها ﴾ ويكفى ظن الرضا ولها الرجوع عن الرضا فإن كرهت العزل لم يجوز له . ﴿ و ﴾ يجوز العزل ﴿ عن ﴾ الزوجة ﴿ الأمة ﴾ والمملوكة ﴿ مطلقاً ﴾ أى سواء رضيت أم كرهت وسواء رضى سيد الأمة المزوجة أم كره ..

﴿ مسألة ﴾ قال فى الانتصار « يجوز تغيير النطفة فى الرحم والعلقة والمضغة بالأدوية لأنه لا حرمة لها قبل نفخ الروح فيها » قلت ولا يجوز ذلك إلا بإذن الزوج وإلا أئمت ولا ضمان مطلقاً أذن أم لا وبعد نفخ الروح لا يجوز مطلقاً أذن أم لا وتأثم مع القصد وتضمن دية ماخرج حيّاً، والفرقة فى الميث إذا علم نفخ الروح فيه كما يأتى آخر فصل ٤٢٥ فى الجنائيات ، وكذا يجوز للمرأة أن تفعل بنفسها ما يمنع الحبس وإن لم يرض زوجها لأنه لم يثبت له حق فى حملها إلا بعد وجوده .

﴿ ومن وطئ ﴾ زوجته أو أمته حيث كان لها ولد حر ﴿ فجوز الحمل ﴾ أى فجوز أنها قد حملت من ذلك الوطء ﴿ ثم مات ربيبه ﴾ ^(١) أو ارتد ولحق بعد ذلك فانه يجب

(١) والريب هو ولد الزوجة من زوج آخر أو من الزنى ولو منه .

على الزوج إذا كان لربييه مال - أو قتل عمداً أو خطأ ولم يكن له مال - أن يكف عن جماع زوجته بعد موته بشرطين: ﴿الأول﴾ أن يكون مجوزاً للحمل من الوطء الذي وقع قبل الموت فلو لم يكن مجوزاً للحمل بأن وطئها ولم ينزل أو عزل عنها أو قطع بمصوله بأن يكون قد تبين لم يجب عليه أن يكف .

﴿و﴾ ﴿الشرط الثاني﴾ أن ﴿لا﴾ يوجد بعد هذا الميت من ورثته ﴿مسقط للأخوة لأم﴾ كالأب والجد والولد وولد الابن ذكرراً كان أو أنثى ﴿أو﴾ كانت الأم ﴿لا حاجب لها﴾^(١) من ورثة هذا الميت ولا ناقص من الثلث إلى السدس . والذين يحبون الأم من الثلث إلى السدس الولد وولد الابن ذكرراً كان أو أنثى والاثنان من الأخوة والأخوات فصاعداً فلو وجد المسقط للأخوة لأم والحاجب للأم من ورثة هذا الميت لم يجب الكف فإذا كمل هذان الشرطان ﴿كف﴾ الزوج عن جماعها وجوباً ﴿حتى يبين﴾ هل بها حمل أم لا فتي بأن أحد الأمرين جاز جماعها . وبيان الحمل يحصل إما بحركته في البطن أو بتعاظم البطن مع انقطاع الحيض ، قال الفقيه على وكذا اختلاف الحال في الميافة بكسر الميم المهمة . والشهوة لأشياء وهو «الوحام» بكسر الواو وفتحها شهوة المرأة الحامل فهذه أمارات يعمل بها لأن كذبها نادر . وبيان عدم الحمل يحصل بأن تحيض حيضة وله أن يعمل بقولها أنها قد حاضت في المدة المحتملة لذلك وهو بعد مضي طهر صحيح - فإن لم تحض كف عن جماعها ثلاث سنين وستة أشهر ويوماً أو دون يوم من يوم الوطء فإن التبس يوم الوطء فمن يوم الموت فإذا مضت هذه المدة جاز له جماعها لأنه إذا وطئها بعد هذه المدة وجاءت بولد حياً وخرج من دون جنائية لتمام أربع سنين من يوم الوطء الأول علمنا أنه من الوطء الأول لأن أقل الحمل ستة أشهر فلم يكن من الوطء الثاني لأنه نقص من ستة أشهر يوم

(١) والحاصل من المذهب أن تقول إن وجد المسقط دون الحاجب وجب الكف . وإن وجد الحاجب دون المسقط وجب الكف . وإن وجد ما لم يجب الكف . وإن وجد ما لم يجب الكف .

وإن جاءت به لأكثر من أربع سنين حكمنا أنه من الوطاء الثاني لأن أكثر الحمل أربع سنين . فلو لم يكف عن جماعها بعد موت الرّيب ثم جاءت بولد لأربع سنين من الوطاء الأول ولسته أشهر من الثاني فله نصف السدس تحويلاً سواء كان الورثة مصادقين أنه وطى قبل الموت أم غير مصادقين .

﴿١٥٤﴾ (فصل)

﴿ويرتفع النكاح﴾ بين الزوجين بأحد أمور أربعة: ﴿الأول﴾ أن تكون ملتئمتين واحدة حال الزوجية ثم يطرؤ عليها اختلاف فإنه يرتفع النكاح بينهما ﴿بتجدد اختلاف الملتئمتين﴾ بينهما سواء ارتدّا عن الإسلام أم كانا يهوديين فتنصرا أم العكس في وقتين لا في وقت والتبس فهما على نكاحهما ومثال ذلك أن يكونا مسلمين فيرتد أحدهما أو كافرين فيسلم أحدهما أو يهوديين فيتنصر أحدهما أو العكس فقد اختلفت ملتئمتهم في جميع هذه الصور وهي كلها توجب ارتفاع النكاح بينهما لكن ذلك يختلف : ففي بعضها يرتفع النكاح وتبين الزوجة بمجرد اختلاف الملة وفي بعضها لا تبين إلا بانقضاء العدة أو عرض الإسلام ، فإذا كان الاختلاف بان ارتد أحدهما فإنه يفسخ النكاح وتبين الزوجة في الحال وسواء كانت مدخولاً بها أم غير مدخولة . قال الإمام عليه السلام : وهو الذي قصدناه بقولنا : «ويرتفع النكاح بتجدد اختلاف الملتئمتين» أي بطرؤ اختلاف ملتي الزوجين .

وأما إذا كان اختلاف ملتئمتهم بإسلام أحدهما فقد ذكر الإمام عليه السلام حكمه بقوله : ﴿فإن أسلم أحدهما فعلى مضي عدة الحرية﴾ أي فهي تبين باختلاف الملة مع مضي عدتها الحقيقية كمدة الطلاق الرجعي إن كانت ﴿مدخولة﴾ وسواء كان الزوج هو الذي أسلم أم هي التي أسلمت . وأما إذا لم يكن قد دخل بها فهي تبين بمجرد إسلامه أو إسلامها .

﴿ و ﴾ أما ﴿ الذميمة ﴾ ^(١) إذا أسلمت هي أو أسلم زوجها دونها فإن البينونة تقع بينهما بأحد أمرين إما بمضى مثل العدة لأنها لم تكن عدة حقيقة بل مدة انتظار ﴿ مطلقاً ﴾ أى سواء كانت مدخولة أم غير مدخولة ﴿ أو عرض الإسلام ﴾ ^(٢) على الذى لم يسلم فامتنع فإن البينونة تقع بامتناعه ولو لم تمض العدة . وإعنا يعتبر العرض ﴿ فى ﴾ الوجه ﴿ الثانى ﴾ وهو حيث هما ذميان أسلم أحدهما بخلاف الوجه الأول وهو حيث هما حرييان فلا يعتبر عرض الإسلام فى فرقتهما لأنهما غير مقرين على دينهما وإن كان زوج الذميمة صغيراً لم تقع البينونة بمضى مثل العدة قبل بلوغه ﴿ فينتظر بلوغ الزوج ﴾ لأن عرض الإسلام عليه فى حال صغره غير صحيح ، وفى الحكم بينونتها بمضى مثل العدة قبل بلوغه إسقاط لحقه وهو استبقاء زوجته بإسلامه ولم يتمكن من ذلك فى مثل العدة فوجب أن لا يحكم بينونتها حتى يتمكن من حقه فينتظر بلوغه لذلك فإذا بلغ بانت منه إما بعرض الإسلام عليه أو بانقضاء مثل العدة إن لم يعرض الإسلام عليه .

﴿ و ﴾ إذا عرض الإسلام على الذى لم يسلم منهما فامتنع وقد كان مضى مثل العدة فى حق الصغير قبل بلوغه أو مضى بعضها فى حقه أو فى حق الكبيرين فبانت بالعرض وجب أن ﴿ تستأنف ﴾ الذميمة ﴿ المدخولة ﴾ والمخلو بها - العدة - ولا تبني على ما قد مضى من حیضها بل تستقبل العدة من يوم العرض فامتنع . فإن لم تكن مدخولة فهي تبين إما بمضى مثل العدة وهي تأجيل لا عدة حقيقة كما قدمنا أو بعرض الإسلام فإذا عرض الإسلام على الآخر فامتنع بانت ولم يكن قد مضى شيء من العدة . ﴿ و ﴾ ﴿ الأمر الثانى ﴾ ﴿ بتجدد الرق عليهما ﴾ أى إذا تجدد الرق على الزوجين

(١) ويلزم الزوج النفقة فى العدين إن أسلمت دونه اه . .

(٢) ويصح من كل شخص إلا مع التشاجر فالإمام أو الحاكم لأجل قطع الشجار اه .

انفسخ النكاح بينهما. مثال ذلك أن يكونا كافرين في دار الحرب ولو مملوكين للحرب فيسيبهما المسلمون أو غيرهم أو كانا رقيقين مسلمين أسلم فسيبهما أهل الحرب فإنهما يملكان في الصورتين وينفسخ النكاح بتجدد الرق عليهما ﴿أو على أحدهما﴾ نحو أن يسي الزوج وحده أو الزوجة وحدها. قال الإمام عليه السلام: «وإنما قلنا «بتجدد الرق» احترازاً من انتقال الرق بالبيع ونحوه فإنه لا يوجب انقاسخ النكاح سواء انتقل ملكهما معاً أم أحدهما.

﴿و﴾ ﴿الثالث﴾ ﴿ملك أحدهما الآخر أو بعضه﴾ وذلك نحو أن تكون هي حرة وهو عبد فتشتريه أو ترثه أو يوهب لها أو نحو ذلك، أو هو الحر فيملكها بأي هذه الوجوه فإن النكاح يرتفع بينهما بلا خلاف بين الأمة.

واعلم أنه لا ينفسخ النكاح بأن يملك أحدهما الآخر أو بعضه إلا إذا كان ملك الرقبة لا المنفعة ﴿نافذاً﴾ كالبيع بنير خيار والإرث مع عدم الاستفراق ونحو ذلك فأما إذا لم يكن قد نفذ لم ينفسخ النكاح حتى ينفذ: مثال ذلك أن يزوج الرجل ابنته من عبده ثم يكتبه ثم يموت الأب قبل أن يوفي مال الكتابة فإنه يجوز له الوطء ولا ينفسخ النكاح بموت الأب لأن البنت لم تملك العبد ولا بعضه ملكاً نافذاً وإنما هو ملك موقوف فإذا هجز العبد عن إيفاء مال الكتابة انفسخ النكاح لأنها قد ملكته ملكاً نافذاً، وإن أوفى المال لم ينفسخ، وكذا لو اشترى المكاتب زوجته لم ينفسخ نكاحها حتى يمتق لأنه لا يملك ملكاً نافذاً حتى يمتق، وهكذا لو تزوج ابنته من عبده ثم مات الأب وتركته مستفركة بالدين فإنه لا ينفسخ نكاح البنت حتى تملك العبد بأن يرى أهل الدين أباه أو يحصل قضاؤه من جهة أخرى فينثند ينفسخ النكاح لأنها قد ملكته ملكاً نافذاً إلا أن يجعل الوارث خليفة الميت انفسخ النكاح بموت الأب. والعبرة بمذهبهما فإن اختلفا ترافعا إلى الحاكم لأجل قطع الخلاف بمحكمه. ﴿و﴾ ﴿الرابع﴾ ﴿برضاع﴾ طراً بعد الزوجية ﴿صيرها محرراً﴾ بتشديد

الراء في هذا الموضع نحو أن ترضع زوجها الصغير أو ترضعه أختها أو ترضع زوجة له أخرى صغيرة أو نحو ذلك وهكذا لو كانت هي الصغيرة فأرضعتها أم الزوج أو زوجته أو نحو ذلك .

(١٥٥) (فصل)

في أحكام نكاح الذكور من المالك (ويصح نكاح العبد ولو) نكح (أربعا حرائر) غير مولاته ، فهذا جائز عندنا ولا ينفذ إلا بأحد أمور أربعة: (الأول) (يأذن مالكة المرشد) فإن لم يأذن له بالنكاح لم يصح نكاحه ونعني بمالك المرشد البالغ العاقل لا القابض بعد الشراء فلو لم يكن مالكة بالغا قاطلاً قابضاً بعد الشراء لم يصح نكاح العبد ولو أذن له لأنه لا حكم لإذنه وليس لولي الصغير أن يزوج عبده ولا يأذن له في النكاح إلا لمصلحة فلو عرف أن العبد يأبى إن لم يزوج وصلاحه ظاهر فله أن يزوجه .

(و) إن أذن السيد لعبده إذناً مطلقاً نحو أن يقول أذنت لك في النكاح أو نحو ذلك كان (مطلقه) متناولاً (للمصحيح) من العقود والمبرة بمذهب العبد المكلف ، وإن كان صغيراً فبمذهب سيده (و) لزوجة (واحدة فقط) تليق به بمهر المثل فلو عقد عقداً فاسداً لم يصح لأن لفظ الإذن بالنكاح لا يتناوله إلا لعرف في الجهة فتثبت له أحكام الفاسد وإن لم يجر به العرف فهو باطل . وقوله «واحدة فقط» فلو تزوج اثنتين كان موقوفاً فيهما إن كانتا في عقد وإن كانتا في عقدين صح نكاح الأولى وكان نكاح الثانية موقوفاً ، وقولنا : تليق به بمهر المثل ، لأن الزائد على زوج من تليق في ذمته .

(و) (الثاني) (بإجازته) ولو امرأة لكن يشترط أن يجيز وهو (مستمر الملك) للعبد أو الولاية فأما لو كان قد تخلل بين عقد النكاح والإجازة خروجه عن

ملك السيد لم تصح إجازته بعد ولو أجاز بعد أن رجع إلى ملكه وسواء خرج عن ملكه جيمه أم بعضه ما لم يرجع بما هو نقض للعقد من أصله ﴿ ومنها ﴾ أى ومن الإجازة ﴿ السكوت ﴾ من السيد حين يعلم بنكاح العبد مع العلم بالعقد وأن السكوت إجازة لا إذا جهل أو ظن أن الفسخ لا يصح منه أو سكت للتروى هل يجيزه فليس بإجازة . ﴿ و ﴾ من الإجازة لو قال له ولو جاهلاً ﴿ طلق ﴾ فان ذلك إجازة للنكاح لأن الطلاق فرع على صحة النكاح ولو جهل السيد .

﴿ و ﴾ ﴿ الثالث ﴾ من الأمور التى ينفذ بها نكاح العبد أن يتزوج بغير إذن مولاه ولم يعلم مولاه بالعقد حتى أعتقه فان عقد نكاح العبد ينفذ ﴿ بعتقه قبلها ﴾ أى قبل الإجازة ولو لم يصدر من سيده إجازة .

﴿ و ﴾ ﴿ الرابع ﴾ ﴿ بعتقه له ﴾ أى يعقد السيد للعبد ﴿ ولو ﴾ كان العبد ﴿ كارها ﴾ والإكراه ضربان : أحدهما أن يعقد له وإن كره فإنه يصح إذا كان السيد ذكراً . والثانى إكراهه على أن يتولى العقد فإنه يصح .

﴿ وما لزمه ﴾ للزوجة من مهر ونفقة وغيرها ﴿ فعلى سيده إلا تدليسه ﴾ نحو أن يدعى أنه مأذون فى النكاح وليس بمأذون فى نفس الأمر فتزوج مع التدليس ودخل بها فما لزمه ﴿ فى رقبته ﴾ لأن تدليسه جنابة فيخير السيد بين أن يسلمه للزوجة بجنايته فتأخذه بمهرها أو يدفع لها مهرها المسمى إن لحقته الإجازة وإن لم تلحقه فالأقل من المسمى ومهر المثل . وأما لو كان المدلس غيره ولا بد من لفظ يوم به الحرية كأن يقول عبدي أو مالى أو نحو ذلك فما لزمه فى ذمته لأنه دين معاملة . وأما مجرد سكوته وعدم الإخبار بأنه عبد أو غير مأذون فلا يكون تدليساً بالحرية والإذن ﴿ و ﴾ ما لزمه فى العقد ﴿ الفاسد ﴾ وقد أذن له فى النكاح على الإطلاق ﴿ و ﴾ كذا ما لزمه فى العقد ﴿ النافذ بعتقه ﴾ نحو أن يتزوج بغير إذن سيده فأعتقه المالك قبل علمه بالعقد فشكل ما لزمه من مهر فى هاتين الصورتين ﴿ فى ذمته ﴾ لا على سيده .

﴿ ويلحق الولد بأمه ﴾ حكماً وبأييه نسباً فإن كانت حرة كان الولد حراً ولو كان أبوه عبداً وإن كانت مملوكة كان الولد مملوكاً للمالكها ولو كان أبوه حراً ﴿ فلا حق له عليه ﴾ أى فلاحق لولد العبد على أبيه ولا على سيد أبيه إلا أن تكون أمه مملوكة له .
 ﴿ و ﴾ ذلك الولد ﴿ يصح شرط خريته ﴾ فيكون حراً وسواء كان الشرط حال العقد أم بعده ولو بعد الملوقة مع قبول سيد الأمة ، وسواء كان الشرط من الزوج ولو عبداً بإذن سيده أم بغير إذنه أم كان الشرط من سيده بإذن العبد أم بغير إذنه أم من أجنبي .. ويصح اشتراط حرية بطن دون بطن ﴿ لا ﴾ أنه يصح من السيد في ولد عبده شرط ﴿ تملكه ﴾ ^(١) يعنى لا يصح من مولى العبد أن يشترط أن يكون الأولاد بينه وبين مولى الأمة لأنه تملك معدوم، فإن كان مولى العبد زاد في مهرها لأجل هذا الشرط أسقطت الزيادة على المهر إذا لم يف به .

﴿ ويبطل ﴾ شرط حرية الأولاد ﴿ بخروجها ﴾ كلها ﴿ عن ملك سيدها ﴾ إما ببيع أو هبة أو نحوهما إذا وقع الخروج ﴿ قبل الملوقة ﴾ من الزوج ولو عادت إلى ملك سيدها فأما لو باعها وقد علقت كان ولدها حراً لأنه قد كان وجد فتناوله العتق لكن للمشتري الخيار إن لم يعلم بملوقها وشرط الحرية لأن ذلك عيب .
 ﴿ و ﴾ حكم العبد في ﴿ طلاقه ﴾ ورجعته وفسخه ﴿ والمدة منه كالحر ﴾ فى أن الطلاق والرجعة والفسخ إليه لا إلى سيده ويملك من الطلاق ثلاثاً والمدة منه كالمدة من الحرّ هذا مذهبنا .

﴿ فصل ﴾

﴿ ١٥٦ ﴾

فى نكاح الاناث من المالك ﴿ و ﴾ النكاح ﴿ فى ﴾ حق ﴿ الأمة ﴾ ينفذ بأحد أمور ثلاثة: ﴿ الأول ﴾ ﴿ يعقد المالك للرشد ﴾ الموافق فى الملة الحلال، فإذا زوّج أمته

(١) بغير النذر والوصية ، يعنى فأما بهما فيصح اه :

نفذ النكاح سواء رضيت أم كرهت ، وهذا إذا كانت مملوكة خاضعة له أو مدبرة .
 ﴿ و ﴾ إن كانت الأمة مملوكة لامرأة مكلفة لم يكن لها أن تزوجها بنفسها وإنما
 يزوجه ﴿ وكيل ﴾ تلك المالكه فإذا زوجها وكيل المالكه نفذ النكاح سواء
 رضيت الأمة أم لا وهذا التوكيل عندنا تمييز للمولى لا توكيل على سبيل الحقيقة فلهذا
 لا يحتاج إلى إضافة إليها ولا يصح منها عزله ويصح أن يوكل غيره ولو لم يكن مفوضاً
 لأنه ولي ﴿ وولى مال الصغير ﴾ والمجنون ولي نكاح أمته فينفذ نكاح الأمة بعقد من
 ذكرنا ﴿ أو ﴾ عقد ﴿ نائبيهم ﴾ فإن النائب عن هؤلاء يقوم مقامهم في صحة تزويج الأمة
 لكن ليس لوكيل المالك أن يوكل إلا إذا كان مفوضاً .

﴿ الثاني ﴾ قوله ﴿ أو إجازته ﴾ يعنى أو إجازة مالك الأمة الرشد أو المالكه أو
 ولي مال الصغير أو إجازة الوكيل ولو لم يفوض لأن إليه تنفيذه ، وحكم إجازة نكاح
 الأمة ﴿ كما مر ﴾ في إجازة نكاح العبد في أنها لا بد أن تكون الأمة مستمرة الملك
 أو الولاية من حين العقد إلى حين الإجازة . قال الإمام عليه السلام : فإن قال سيد
 الأمة أو سيدتها لزوجه الذي عقد بها بغير إذنه طلقها كان إجازة ولو كان جاهلاً
 لذلك ﴿ إلا السكوت ﴾ فإنه لا يكون في حق الأمة إجازة لنكاحها بخلاف العبد .

﴿ و ﴾ ﴿ الثالث ﴾ مما ينفذ به نكاح الأمة هو أن تزوج بعقد موقوف فينعمد
 نكاحها ﴿ بعتقها قبلها ﴾ أى قبل الإجازة لأن عتقها إجازة حيث كان العاقد
 فضولياً فينفذ ولو كان المقد فاسداً .

﴿ و ﴾ يجب على سيد الأمة مع الطلب أن ﴿ يكبرها على التمكين ﴾ لأنه من باب
 الأمر بالمعروف ﴿ غالباً ﴾ احتراز من أن يكون زوجها مجذوماً أو نحوه فليس لسيدتها
 إجبارها على تمكينه وكذلك لا يجب عليها تمكين سيدتها من نفسها حيث يكون
 سيدها مجذوماً ﴿ لا العبد ﴾ فليس لسيده أن يجبره ﴿ على الوطء ﴾ إلا في الإيلاء
 والمود في الظهار والقسمة بين زوجاته فيجبره .

﴿و﴾ سيد الأمة يجب ﴿له المهر﴾ على زوجها متى استقر عليه لها بأحد الأمور التي تقدمت ﴿وإن﴾ عقد بها في حال الرق و﴿وطئت بعد العتق﴾ وكذا بعد البيع فالمهر للسيد أيضاً سواء سعى لها مهرأ أم لا وسواء كان النكاح صحيحاً أم فاسداً إلا إذا كان باطلاً فلها ﴿إلا في النافذ به﴾ أى إذا تزوجت بغير إذن سيدها فاعتقها قبل أن يجيز فوطئت بعد العتق فإن المهر هنا لها لا للسيد ولو كان المقد وقع في ملكه. ﴿و﴾ يجب أيضاً للسيد على زوج أمته ﴿النفقة﴾ والكسوة والنفرة فإن كان حراً فعليها وإن كان عبداً فعلى سيده لكنها لا تجب إلا ﴿مع التسليم المستدام﴾ وأقل المستدام يوم ليلة متوالية فإذا سلت يوماً وليلة متوالية استتحقت الغداء أو العشاء، فإن سلت يوماً فقط أو ليلة فقط لم تستحق شيئاً ولو وطئها. ﴿و﴾ نفقة الأمة ﴿يصح﴾ من السيد ﴿شرطها﴾ على الزوج ﴿مع عدمه﴾ أى مع عدم التسليم المستدام فيلزم الزوج ذلك ﴿و﴾ يصح ﴿العكس﴾ أيضاً وهو أن يشرط الزوج أنه لا نفقة عليه ولو كانت مسلمة تسليماً مستداماً.

(فصل)

﴿١٥٧﴾

في أحكام الأمة المزوجة . واعلم أنه يجوز ﴿المالك﴾ أو المتولى من غيره ﴿فيها كل تصرف﴾^(١) من بيع أو هبة أو عتق وإجارة وكتابة واستخدام واستصحابها في سفره لخدمته ويتبع الزوج إن أراد ونحو ذلك ﴿إلا الوطء﴾ ومقدماته ﴿ومنع الزوج﴾ فإنه لا يجوز لسيدها أن يطأها وهي مزوجة ولا في العدة ولا يجوز له أن يمنع زوجها من وطئها في الأوقات المعتادة ويلزمه تسليمها للوطء إلى دار الزوج حيث لا تستغرق المسافة القدر الذي لا يتسامح به في المنفعة ومؤن التسليم، والرد على الزوج. ﴿ومتى عتقت﴾ الأمة المزوجة ﴿خيرت﴾ بين فسخ النكاح أو البقاء سواء كان

(١) لا رهنا من غير الزوج وغير عبده فلا يجوز ا هـ

الزوج عبداً أم حراً ﴿ ما لم تمكن ﴾ من وطء أو لس أو تقبيل ﴿ عالة بالعتق ﴾ ولو جهلت أن التمكين إجازة ﴿ و ﴾ عالة ﴿ بثبوت الخيار ﴾ فإن مكنت وهي جاهلة للعتق أو لبثوت الخيار لم يبطل خيارها ﴿ كحرة نكحت على أمة ﴾ فإن الحرة إذا تزوجها رجل وتحتة زوجة أمة ولو مطلقة رجعية فإن هذه الحرة يثبت لها الخيار فإن مكنته وهي جاهلة لذلك لم يبطل خيارها ﴿ ولا يفسخ نكاح الأمة ﴾ التي تحتة بنكاحه الحرة هذا قول الأكثر وهو المذهب .

﴿ و ﴾ الأمة المزوجة ﴿ متى اشتراها ﴾ زوجها الحر وقد كانت ولدت منه قبل ذلك ﴿ لم تصر أم ولد بما قد ولدت ﴾ من قبل أن يملكها . فأما لو اشتراها وهي حامل منه ولو من غلط ثم ولدت وقد ملكها صارت أم ولد ﴿ و ﴾ متى اشتراها زوجها انفسخ النكاح وجاز له أن ﴿ يطؤها بالملك ﴾ لا بالنكاح فقد ارتفع ﴿ ولو ﴾ كان قد طلقها قبل أن يشتريها ثم اشتراها وهي ﴿ في عدة طلاقه ﴾ فله أن يطأها بالملك بعد الشراء ولا يجب عليه أن يستبرئها للوطء ﴿ إلا التثليث فبعد التحليل ﴾ أى إلا أن يكون قد طلقها ثلاثاً تخلتها الرجمة حتى بانت فإنه إذا اشتراها من بعد لم يجز له أن يطأها سواء كانت المدة باقية أم لا إلا بعد التحليل ﴿ بما سيأتى ﴾ في باب الخلع آخر فصل ١٧٥ ، وذلك بأن تنكح زوجاً غيره على الشروط التي ستأتى إن شاء الله تعالى . قال الإمام عليه السلام : وإعما قلنا ﴿ فقط ﴾ ثلاثاً يتوهم متوهم أنه إذا طلقها ثلاثاً فوطئها سيدها بعد المدة فقد حلت للزوج إذا اشتراها أو تزوجها مرة أخرى لأجل وطء السيد فإن ذلك لا يقتضى التحليل .

﴿ وأما ﴾ نكاح ﴿ المكاتبه فبرضاها ﴾ أى ليس لسيدها أن يزوجه إلا برضاها ويجب استبرائها بمحيضة وكذا المكاتب لا بد من رضاه فإن عقد السيد على المكاتبه بغير إذنها كان المقدم موقوفاً فإن عجزت نفسها انبرم ، وإن عتقت خيرت .
﴿ فرع ﴾ وإذا وطئ المكاتبه سيدها فلا حدّ عايه ويلزمه لها مهرها وتستمين

به على مال الكتابة فإن تساويا تساقطا وإذا علق من هذا الوطاء صارت أم ولد مع الدعوة وتمتق بالأسبق من موت السيد أو إيفاء مال الكتابة ، وإذا تزوجها سيدها برضاها جاز له وطئها لأنها إن عتقت فزوجة وإن لم تمتق فأمة بملوكة ﴿ وأم الولد به ﴾ أى برضاها وإنما يجوز تزويجها ويعتبر رضاها ﴿ بعد عتقها ﴾ واستبرائها بحيضتين كما سيأتى . فهذان الشرطان وهما عتقها ورضاها لا يصح تزويجها إلا بمجموعهما عندنا .

﴿ و ﴾ إذا زوجت المكاتبه برضاها واستبرائها بحيضة وأم الولد برضاها بعد عتقها كان ﴿ المهر لها ﴾ لا لسيدهما ولو كان الواطئ السيد إلا فى النافذ بالعتق فإنه يكون المهر فيه للسيد ﴿ و ﴾ إذا كانت الأمة أو العبد موقوفين كانت ﴿ ولاية ﴾ نكاح ذلك الرق ﴿ الوقف إلى الواقف ﴾ له مع معرفته ووجوده ثم منصوبه ولياً أو وصياً ثم التولى نحو أن يكون المملوك لمسجد فولاية نكاحه إلى ولى المسجد ثم الإمام أو الحاكم ﴿ و ﴾ لا يزوجه الواقف إلا بعد ﴿ أن يراضى المصرف ﴾ الموقوف عليه إذا كان ممن يصح مراضاته فلا يصح أن يعقد له ذكراً كان أم أنثى إلا بعد أن يرضى مصرفه لأن له حقاً فيه أو يراضى واليه نحو أن يكون المملوك لمسجد فانه يراضى ولى المسجد ﴿ والمهر ﴾ يكون ﴿ له ﴾ أى للمصرف وهو الموقوف عليه إذا كانت أمة ويكون المهر عليه لو كان الزوج عبداً ولكنها تعتبر المصلحة فى زواج عبد الصغير والمسجد ونحوهما فلا بد أن يكون مصلحة تزويجه أولى من عدمه نحو أن يخشى إباقه . فان عقد على الأمة الموقوفة أو للعبد من دون رضا المصرف أو واليه كان العقد موقوفاً حقيقة على إجازته فينفذ وأورده فيبطل .

﴿ فصل ﴾

﴿ ١٥٨ ﴾

فى حكم الجمع بين الأختين ونحوهما فى الوطاء والملك وحكم تدليس الأمة على الزوج

وأحكام الاختلاف بين الزوجين. وقد فصل ذلك الإمام عليه السلام بقوله : ﴿ ومن وطئ أمته ﴾ ولو مشتركة أو رضيعة أو أمة ابنة مع الملقوق ﴿ فلا يستفكح أحدهما ﴾ من نسب أو رضاع ونحوهما في الطرفين معاً، وهما حيث قد وطئ أمته أو عقد على امرأة فلا يجوز له بعد ذلك أن يعقد على أحدهما أو نحوهما مما يحرم الجمع بينهما كما مر، وسواء كانت هذه الأخت حرة أم أمة فلو عقد على الأخت كان العقد باطلاً حتى يخرج الأولى عن ملكه إن كانت أمة أو يطلقها إن كانت زوجة له ثم يعيد العقد على الأخرى لأن العقد الأول عليها باطل ﴿ و ﴾ لكن ﴿ له تملكها ﴾ أى يجوز له أن يملك أحدها بشراء أو غيره ولا يجوز له أن يطأها بعد أن قد وطئ الأولى أو نظراً أو لس أو قبل بشهوة حتى يخرج عن ملكه الأولى .

﴿ ولا ﴾ يجوز للرجل أن ﴿ يجمع بين أختين ﴾ من نسب أو رضاع ﴿ ونحوهما ﴾ المرأة وعمتها وخالتها وهو المراد بقوله أول النكاح « بين من لو كانت أحدهما ذكراً حرم على الأخرى » ﴿ في ﴾ نكاح أو في ﴿ وطئ وإن اختلف سببه ﴾ يعنى سبب جواز الوطئ بأن تكون إحداها موطوءة بالملك والأخرى بالنكاح فلا تأثير لاختلاف سبب جواز وطئ إحداها في جواز الجمع بينهما في الوطئ باختلاف السببين بل يحرم وطئهما معاً سواء كانتا زوجتين أو مملوكتين أو إحداها زوجة والأخرى مملوكة ﴿ ومن فعل ﴾ أى ومن جمع بين أختين ونحوهما زوجتين أو مملوكتين له في وطئ جاهلاً أو عالماً^(١) ﴿ اعتزلها ﴾ معاً فلا يطأ بعد ذلك واحدة منهما ﴿ حتى يزيل إحداها ﴾ جميعها أو بعضها ، كأن يملك أمتين فيطوئهما فينكشف أنهما أختان أو نحوهما من رضاع ، أو نسب ونحو أن تكون له زوجة ثم اشتري أمة أو بعضها فوطئها بالملك ثم انكشف أنها أخت امرأته أو عمتها أو خالتها من نسب أو رضاع فإنه يلزمه هنا اعتزالها معاً حتى يزيل إحداها عن ملكه أو نكاحه زوالاً ﴿ نافذاً ﴾ فلو طلق الزوجة طلاقاً جلياً أو باع

(١) ويعز مع العلم ولا جد عليه اهـ

الامة ييما له نقضه بخيار أو غير ذلك أو وهبها أو زوجها لم يجز له وطء أختها بذلك لأنه في التحقيق يكون جامعاً بين أختين أو نحوها .

﴿ ومن دلست على حرٍّ ﴾ أو عبد فأوهمته أنها حرة ليتزوجها فإن سكنت ولم تسئل فليس بتدليس فإن سئلت فسكنت كان تدليساً . فلهذه المسئلة أحد عشر حكماً قد استوفاهما الإمام عليه السلام في الأزهار .

﴿ الأول ﴾ قوله ﴿ فله الفسخ ﴾ يبنى يجوز للزوج ولو عبداً الفسخ إذا علم أنها مملوكة . .

﴿ و ﴾ ﴿ الثاني ﴾ أن الزوج إذا فسخ ﴿ لزمه مهرها ﴾ بالدخول في هذا النكاح المدلس فيه ، بالحرية إذا كان السيد وكُل من يزوجه أو أجاز فدلست بالحرية فالمقد صحيح ويلزم المسمى وللزوج الفسخ بالعيب سواء كان عبداً أم حراً يجوز له نكاحها، هذا إن جهلت أن النكاح مع التدليس لا يصح فإن علمت أنه حرام فلا شيء لها لأنها زانية وسواء كانت بكرًا أم ثيبًا إلا أن تكون مكرهة فإنه يلزم الزوج نصفه لأنه زان مع علمه لا مع جهله فيلزم المهر كاملاً لجهله وإكراهها سواء كانت بكرًا أم ثيبًا .

﴿ والثالث ﴾ أنه لا يرجع بما تسلمه من المهر على أحد وإن كان التدليس جنابة من المرأة لكنه قد استوفى ما في مقابل المهر وهو وطؤها .

﴿ و ﴾ ﴿ الرابع ﴾ أمها إذا ولدت هذه الأمة منه ﴿ لحقه ولدها ﴾ أى لحقه نسبه وكان الولد حر أصل لا مملوكاً ولو كان أبوه عبداً . ﴿ و ﴾ ﴿ الخامس ﴾ أنه إذا لحق الولد بالزوج كان ﴿ عليه قيمته ﴾ يوم الوضع لولى الأمة فإن لم يكن له قيمة يوم الوضع فبأقرب وقت يمكن تقويمه فيه ولا يلزم تسليم القيمة لسيد الأمة إلا ﴿ إن سلمت ﴾ له الأمة ﴿ بجنابتها ﴾ وذلك لأنها جنت عليه بالتدليس وجنابة العبد تعلق برقبته فيلزم السيد تسليم رقبته أو أرش ما جنت والأرش هنا هو قيمة الولد فإن سلم السيد الأمة بجنابتها استحق قيمة الولد وإن اختار الأمة أو تصرف مع العلم لزمه أرش جنابتها

وهو قيمة الولد فيتساقط الدينان حينئذ ﴿السادس﴾ قوله ﴿فإن﴾ بذل السيد هذه الأمة للزوج بجنائها و ﴿أبأها﴾ الزوج ورضي السيد ببقائها له ﴿فأ﴾ للزوج أن يسلم ﴿لزائد﴾ من قيمة الأولاد ﴿على قيمتها﴾ فإذا كانت قيمتها يوم الوضع مثلاً مائة وقيمة الأولاد يوم الوضع مائة وعشرة سلم الزوج العشرة للسيد إذ هو القدر الزائد على قيمتها فإن لم يرض السيد ببقائها له لزم الزوج بجميع قيمة الأولاد بالغة ما بلغت وليس على السيد سوى تسليم الأمة بجنائها وتسكون هذه الأمة ملكاً للزوج.

﴿والسابع﴾ أن الزائد من قيمة الولد على قدر قيمة الأمة إذا سلمه الزوج للسيد رجع به على الأمة.

﴿و﴾ ﴿الثامن﴾ أنه لا يرجع على الأمة بذلك في الحال بل ﴿هو له في ذمتها﴾ يطالب به إذا عتقت.

﴿والتاسع﴾ أنه بعد أن ثبت في ذمتها للزوج هذا الزائد الذي سلمه لسيدها فإنه ﴿يسقط إن ملكها﴾ أو بعضها فإذا أعتقها لم يكن له أن يطالبها به لأنه لا يثبت للسيد دين على عبده.

﴿والعاشر﴾ قوله ﴿فإن استويا﴾ أو كانت قيمة الولد أقل يعني الدينين اللذين هما قيمة الولد وقيمة الأمة وامتنع الزوج من أخذ الأمة فرضي السيد ﴿تساقطا﴾ لامتوائهما جنساً وصفة..

﴿والحادى عشر﴾ هو أن الأمة لا نصير بهذا الاستيلاء أم ولد للزوج ولو ملكها من بعد لأنه وطنها لافي ملك ولا في شبهة ملك. وقد مر في الأمة المزوجة وإنما ذكرناه هنا استطراداً لبيان الأحكام في المدلسة.

﴿الاختلاف﴾

بين الزوجين فيما يتعلق بالنكاح وتوابعه ، قال الإمام عليه السلام : ﴿ إذا اختلفا ﴾ فلا يخلو إما أن يختلفا في العقد أو في توابعه : فإن اختلفا في العقد فيما أن يختلفا في ثبوته ، أو في فسخه ، أو في فساده ، هذه ثلاثة أشياء : أما حيث اختلفا في ثبوته ﴿ فالقول لمنكر العقد ﴾ منهما إما الزوجة أو الزوج مع اليقين عليه لأن الأصل عدم العقد ، فإن كان الزوج فيمينه على القطع إذا تولى العقد بنفسه ، وإن وكل غيره فيمينه على العلم . وأما الزوجة فيمينها على العلم لأنها تتعلق بفعل غيرها وهو الولي ولو حضرت العقد . والبيينة على مدعى حصول النكاح منهما لأنه خلاف الأصل وإذا بين الزوج بالنكاح مع إنكارها فإنها تسقط عنه حقوقها لذلك ، وفائدة الدعوى من الزوج للعقد ثبوت أحكامه وإن كان إنكارها رداً للحقوق من جواز الوطء وغيره . ومن الزوجة ثبوت الحقوق لها إذا بينت أو نكل الزوج . وإنكار الزوج للعقد « فرقة لا طلاق » فلا تحسب عليه طلاق . قال في البيان : فإذا لم تبين لزمتها المدة إن أقرت بالدخول أو الخلوة ولا نفقة لها فيها لأنه لم يثبت النكاح بالبيينة . وإن بينت بالعقد والمهر والدخول استحققت المهر كاملاً وإن بينت بالعقد والدخول استحققت مهر المثل ونفقة المدة في الصورتين معا وإن بينت بالعقد فقط أو به وبالمهر استحققت نصف المهر حيث بينت به وإلا تبين به فلا متعة ولا تحسب طلاق لأن إنكار الزوج لم يكن طلاقاً وهذه فائدة قولنا آنفاً « فرقة لا طلاق » ولا متعة حيث لم تبين بالمهر .

وحيث يكون المدعى الزوج فإن كانت فارغة وحلفت له ولم يبين فلا عمل على ما ادعاه لعدم البيينة منه ، ويمين المرأة ، وإن بين أو نكلت عن اليقين ثبتت له أحكام الزوجية وهي نافية للحقوق . وإن كانت تحت زوج فكذا أيضاً يلزمها اليقين لأنها إذا نكلت كان ذلك إقراراً بالنكاح للمدعى غير من هي تحته ويكون إقرارها موقوفاً حتى تنفصل ممن هي تحته فنثبت زوجة لهذا المدعى . وتصح الدعوى على الزوج الذي

هي تحته وعليه الميمن فإن حلف بقيت زوجة له حتى تبين منه، وإن نكل ظهرت فائدة نكول الزوجة في الحال فتكون زوجة للمدعي وتعتمد من ماء الذي هي تحته . وحيث تحلف الزوجة والذي هي تحته وبين المدعي ثبت نكاحها للزوج المدعي وحيث تقر المرأة بالزوجية لغير من هي تحته لا نفقة لها ممن هي تحته لأنها نافية لثبوتها مع إقرار من أقرت له بالنكاح ودعواه كما في الإقرار من اعتبار مصادقة المقر له ، وأما الزوج الآخر المقر له وليست تحته فكذلك أيضاً لا يلزمه لها نفقة ولا غيرها لأنها كالناشرة منه، ولو كانت تحت الزوج غير المقر له بحكم حاكم لعدم تسليمها له وعدم جوازه شرعا ، قال في شرح التذكرة وهو حاصل مفيد : والصحيح أنه يصح الدعوى عليهما وعلى الزوج الذي هي تحته وتحليفهما فإن أقرأ أو نكلا أو بين المدعي أنها زوجته ثبت نكاحها للزوج المدعي، وإن حلفا فظاهر وإن أقر هو وأنكرت ولم يبين المدعي وحلفت بطل نكاحها منهما معا وإن أقرت هي أو نكلت وحلف من هي تحته ولم يبين المدعي فإنها تتوقف حتى تبين . قال في البيان وهي ترث الخارج وهو المدعي ولا يرثها ويرثها الذي هي تحته وهو الداخل ولا ترثه .

﴿ فرع ﴾ قال في البيان: وإذا تنازع رجلان في امرأة حكم بها لمن بين منهما ، وإن بينا معا وأرخا فللمتقدم، وإن أرخ أحدهما فقط حكم له بها، وإن أطلقا معا حكم بها لمن هي تحته لأنه دليل التقدم وهي في يد نفسها فلا يقال بيينة الخارج أولى . وإن لم تكن تحت يد أحدهما حكم لمن أقرت له منهما فإن لم تقر لأيهما كان كما لو بينا، وإن حلفت لها بطلا أو حلفت لأيهما ونكلت عن الثاني حكم بها لمن نكلت عنه وتكون يمينها على العلم لا على القطع لأنها على فعل غيرها وهو المقدم من الولي ولو كانت حاضرة كما مر قريبا سواء كانت كبيرة أم صغيرة فتحلف بعد بلوغها .

﴿ و ﴾ إذا اتفق الزوجان على وجود سبب فسخ النكاح وادعى أحدهما الفسخ به كان القول لمنكر ﴿ فسخه ﴾ مع يمينه والبيينة على مدعيه في وقت متقدم وذلك كأن

يزوّج الصغيرة غير أبيها ثم بلغت وعلمت ومضى عليها مجلس البلوغ والعلم فادعت أنها قد فسخت حين بلغت وأنكر الزوج ذلك فالقول قول الزوج والبيّنة عليها لأن الأصل عدم الفسخ . وكذا الأمة لو زوّجت ثم عتقت وادعت الفسخ فالحكم كذلك ومما يلحق بدعوى الفسخ لو زوّج البكر البالغة العاقلة أبوها أو غيره من سائر الأولياء ثم بلغها النكاح ثم اختلفا فقال الزوج سكّت حين بلغك خبر النكاح فالعقد صحيح ، وقالت رددت العقد حين بلغني فهو مفسوخ بمعنى أنه غير ثابت لعدم رضاها فالقول قول الزوج لأن السكوت رضا في حق البكر فكان القول للزوج أنها لم ترد والبيّنة عليها لأنها تدعى خلاف الأصل وهو السكوت . وكذا لو كان المدعى للسكوت هي الزوجة وقال الزوج بل أنكرت فالقول لها والبيّنة على الزوج لا إن قالت لا أعلم لي إلى الآن فالقول لها لأن الأصل عدم العلم وكذا لو قالت لا أعلم أن لي الخيار وأن الرضا إلى فإنه يكون القول قولها لأن الأصل عدم علم النساء بذلك في الأغلب إلا أن تكون مخالطة لأهل العلم فالظاهر علمها بذلك . وأما الثيب فلما كان المعتبر النطق في رضاها فالقول قولها أنها لم ترض بالعقد إذ الأصل عدم النطق وهو السكوت والبيّنة على الزوج برضاها بالنطق .

﴿ و ﴾ إذا ادعى أحد الزوجين أو ورثة أحدهما أو جميعهما أن العقد فاسد نحو أن يقول كان بغير ولي أو بغير شهود أو شهوده فسقه وأنكره الآخر فالقول قول منكر ﴿ فسادة ﴾ وبطلانه منهما والبيّنة على مدعى الفساد إذ الأصل عدم الفساد ويعتبر في أداء الشهادة أن يشهدوا على النكر أنه أقرّ بالفساد وأنه لا عقد غيره أو يتصادق المدعيان على أنه لم يكن بينهما إلا عقد واحد فإن شهدوا بالفساد على الإطلاق لم يحكم بشهادتهم حملاً على السلامة وأنه قد وقع عقد غيره صحيح ﴿ ومنه ﴾ أي من دعوى فساد العقد أن تقول المرأة ﴿ وقع ﴾ العقد ﴿ في الكبر ﴾ يعني وهي كبيرة بالغة ﴿ ولم أرض ﴾ به نطقاً أو سكوتاً فهي هنا تدعى فساد العقد لأن دعوى اختلال شرط

كدعوى الفساد ﴿ وقال ﴾ الزوج بل وقع العقد من الأب^(١) ﴿ في ﴾ حال ﴿ الصغر فيلزم ﴾ العقد عليهما وهي صغيرة وإن لم ترض نطقاً ولا سكوتاً فالقول له والبينة عليها إذ مرجع دعواها إلى اختلال شرط وهو يقتضى فساد النكاح هذا مع التاريخ للعقد إلى وقت معين محتمل للصغر والكبر وسواء كانت بكراً أم ثيباً، وأما مع الإطلاق وعدم التاريخ أو كان التاريخ إلى وقت لا يحتمل الصغر فكذا القول للزوج إن كانت بكراً وقد مرّ إذا الأصل عدم النطق بالرد، وإن كانت ثيباً فالقول لها لأن الأصل عدم النطق المعتبر في رضاها ولأنهما قد تصادقا على العقد وعدم الرضا جملة وإنما هي أضافت عدم الرضى إلى حال الكبر وهو يقول هي صغيرة لا معنى لرضاها . وكذا لو كان الزوج هو المدعى أن العقد في الكبر ولم ترض الزوجة وقالت وقع في الصغر فيلزم بأن القول قولها والبينة على الزوج إلا مع الإطلاق وكانت ثيباً فالقول للزوج إذا الأصل عدم النطق بالرضى فإن اتفقا على أن العقد وقع في الصغر وادعت أن العاقد غير الأب فيثبت لها الفسخ وهو ادعى أن العاقد الأب فلا يثبت لها ذلك فيقال كل واحد منهما مدّعى ومدعى عليه: فن حيث إنّ الأصل الصغر فهو مدّعى، ومن حيث إنها تريد الفسخ فهي مدعية . قال الإمام عليه السلام تنميّاً لأصل المسئلة ﴿ لا ﴾ إذا قالت المرأة وقع العقد ﴿ في ﴾ حال ﴿ الصغر ﴾ وقد بلغت الآن ﴿ فأنسخ ﴾ العقد لأن لي الخيار حيث كان العاقد غير الأب في الصغر فالقول قولها لأن الأصل الصغر ﴿ وقال ﴾ الزوج بل وقع العقد من غير الأب ﴿ في ﴾ حال ﴿ الكبر ﴾ أى وأنت كبيرة ﴿ و ﴾ قد ﴿ رضيت ﴾ أنت بالنكاح فليس لك أن تفسخي الآن فالبينة على الزوج وليست المرأة هنا كمدعية الفساد فلا يكون القول لها بخلاف ما لو قالت وقد فسخت عند أن بلغت أو عند أن علمت أن لي الخيار فالقول له وقد مرّ قريباً .

﴿ و ﴾ القول ﴿ لمنكرتسمية المهر ﴾ حيث قال أحدهما هو مسمى وقال الآخر لم يسم

(١) أو سائر الأولياء لأنها تدعى عدم الرضا ١ هـ

لأن الأصل عدم التسمية فالقول لمنكرها والبيئة على المدعى كذلك سواء كان قبل الدخول أم بعده وسواء كانت الزوجة باقية في نكاحه أو مطلقة فإن اختلفا في صحة التسمية فالبيئة على مدعى فسادها وإن اتفقا على التسمية وعلى نسيانها رجع إلى مهر المثل (و) هكذا إذا اختلف في التعيين والقبض فالقول قول منكر (تعيينه وقبضه) لأن الأصل عدم التعيين وعدم القبض. وفائدة التسمية استحقاق التخصيص إذا طلق قبل الدخول، وفائدة التعيين استحقاقها الفوائد وصحة التصرف والتضمين وفائدة القبض الحد على الزوج إذا وطئ الأمة المصدقة عالمًا أو جاهلاً فإن كان المهر منفعة كان تسليم الرقبة تسليماً للمنفعة.

(و) إذا اتفق الزوجان أن المهر مسمى واختلفا في قدره فالقول لمنكر (زيادته على) قدر (مهر المثل و) لمنكر (نقصانه) عنه فإذا ادعى الزوج أنه عشرون والمرأة أنه ثلاثون نظر في مهر مثلها فإن كان عشرين فالقول قول الزوج وإن كان ثلاثين فالقول قول المرأة. والمسئلة مبنية على أن الاختلاف بعد الدخول والتسمية وعلى أن المهر معلوم، فإن جهل مهر المثل فالقول لمدعى الأقل وإلا فالقول قول الزوج في الأطراف كلها. فإن كان التنازع قبل الدخول والطلاق فلها أن تمتنع منه حتى توفي مهر المثل أو يبين الزوج أنها رضيت بما ادعاه.

(و) القول قول منكر القدر (الأبعد عنه زيادة و) الأبعد عنه (نقصاناً) مثال الأبعد عنه في الزيادة أن يكون مهر المثل عشرة دنانير وتدعى المرأة أنه سمي عشرين والزوج يقول بل خمسة عشر فالقول قوله لأنه منكر القدر الأبعد عن مهر المثل في الزيادة. ومثال الأبعد عنه في النقصان أن يكون مهر المثل عشرين فتدعى الزوجة أنه سمي لها خمسة عشر ويدعى الزوج أنه سمي لها عشرة فالقول قولها لأنها منكرة للقدر الأبعد عن مهر المثل في النقصان.

﴿فإن ادعت المرأة أكثر من مهر المثل وهو﴾ ادعى أنه سمي لها ﴿أقل﴾ من مهر المثل ﴿أو﴾ ادعى أنه سمي لها قدر مهر ﴿المثل﴾ أو سمي أكثر منه حيث خالها عليه ﴿فبيننا﴾ أى فبين كل واحد منهما على صحة دعواه ﴿حكم بالأكثر﴾ لأنه خلاف الظاهر فى الوجهين معا . وهذا إذا لم تتكاذب البيئتان بأن يضيغا إلى وقت واحد أو يتصادق الزوجان أنهما لم يعقدا إلا عقداً واحداً فإن تكاذبتا رجع بعد التحالف أو الفكول إلى مهر المثل إذا كان التداعى بعد الدخول ، وقبل الدخول المتعة ، وإذا لم تتكاذب البيئتان فحكم بالأكثر فلا بد من حملهما على عقدين بينهما وطء وطلاق بائن أو رجعى وانقضت العدة ليصح العقد الثانى فكأنها تاركة لدعوى مهر أحد المقدين لاستيفائها له أو نحوه لما ادعت الأكثر فقط مع الحمل على ذلك ويلزم لها الأكثر على أحد المقدين .

﴿فرع﴾ قال فى نور الأبصار : « لو قامت البينة على أنه عقد عليها يوم الخميس بمشرين ويوم الجمعة بثلاثين وطلبت المهرين معاً فإنه يلزم ذلك فان قال إنما عقد يوم الجمعة تأكيذاً فإن الظاهر معها لأن المأيرة أولى وهو يجوز أنه خالها ثم عقد يوم الجمعة عقداً آخر، وهكذا إذا باع سلمة بمشرين ثم باعها بثلاثين لجواز أنها عادت إلى البائع بوجه مملك » .

﴿فرع﴾ وإذا عقد النكاح على مهر ثم عقد عقداً آخر على مهر أكثر لأجل السمعة أو كان المكس من ذلك الأول هو الأكثر لأجل السمعة فالمذهب أنه يلزم الأكثر فى الصورتين ويكون المقد الثانى بالأكثر كالزيادة هذا هو المختار .

﴿وا﴾ ن ﴿لا﴾ يقيا البينة معاً ﴿فَلِلْمُبَيِّنِ﴾ أى فإنه يحكم لمن أقام البينة منهما ولا يمين لأن البينة محققة ﴿ونحوه﴾ أى ونحو المبين يحكم له والذى نحو المبين هو الزوج حيث ادعى مهر المثل وهى أكثر فإنه يحكم لها مع يمينه الأصلية لنفى دعوى صاحبه والمردودة لو طلبها من عليه الأصلية منه إذا لم يقيا البينة لأن الظاهر معه،

وكذلك إذا ادعى أقل من مهر المثل وهي أكثر ولم يبين واحد منهما فإن من حلف منهما دون صاحبه أصلاً وردّاً ويكفى على نفى ما ادعاه الآخر ﴿ثم﴾ إذا لم يكن كل واحد منهما مبيّناً ولا نحو المبين وذلك حيث يعجزان معاً عن البينة وحلفاً أو نكلاً فإنه يجب الرجوع إلى الوسط وهو ﴿مهر المثل﴾ مع الدخول لا قبله في المتعة لأن الاختلاف يبطل التسمية والحاكم خير في الابتداء بالمبين إن شاء بدأ بتحليف الزوج على القطع إذا عقد بنفسه وعلى العلم إذا وكل، وإن شاء بدأ بتحليف الزوجة على العلم مسوأة حضرت العقد أم لا لأنها على فعل الغير . وتكون البينة على نفى ما ادعاه الآخر .

﴿و﴾ القول ﴿للمطلق قبل الدخول في قدره﴾ أي إذا طلق قبل الدخول أو بعده حيث لا يعرف قدر مهر مثلها ثم اختلفا في قدر المهر فالقول قول الزوج على أنه عشرة دراهم فما فوق وليس له النقص من عشرة دراهم فيكون عليه خمسة قياساً على المتبايعين إذا اختلفا في قدر الثمن فالقول للمشتري مع يمينه بعد قبض المبيع لأن العقد في النكاح بمنزلة القبض، إذ لو لم يكن بمنزلة القبض كان القول قولها كما أن القول في قدر الثمن قول البايع إذا اختلفا قبل تسليم المبيع .

﴿وإذا اختلفا في﴾ مهر ﴿معين﴾ نحو أن يمهرا بقرة أو ضيعة أو داراً أو عبداً أو بعضه ﴿من ذوى رحم لها﴾ محرم من النسب أما أخوها أو أبوها ولها أخ وأب مملوكان للزوج فاختلفا فقال لها أمهرتك أخاك وقالت بل أبي أو نحو ذلك فإنه إذا أقام أحدهما البينة على دعواه ﴿عمل بمقتضى البينة﴾ فإن يئنا معاً عمل ببينة الزوج فيعتق من أقرب به ويكون ولاؤه لبيت المال ويعمل ببينة الزوجة ويكون ولاؤه لها وتحمل البينتان على السلامة وأنه وقع عقدان بينهما وطء وطلاق بائن ويكون كل منهما مدعياً ومدعى عليه فن يبين حكم له ﴿فإن عدمت﴾ البينة منهما معاً ﴿أو﴾ أقام الزوج البينة على دعواه وهي أقامت البينة على دعواها ﴿تهارتا﴾ أي تساقطتا إذا أضافتا إلى وقت واحد أو

تصادق الزوجان على أن المقد واحد ﴿فلها﴾ بعد التحالف أو النكول ﴿الأقل من قيمة ما ادعت﴾ يوم المقد ﴿ومهر المثل﴾ إذا كان معلوماً فإن كان قيمة ما ادعت ^(١) أنه أصدقها إياه أقل من مهر مثلها استحققت قيمته على الزوج وإن كان مهر مثلها أقل استحقته فقط وذلك لأن البينتين لما تساوتنا بطلت التسمية فرجع إلى مهر المثل إن كان معلوماً وإن كان مجهولاً فالأقل لأن الأصل براءة الذمة ، فإن استويا خير الزوج إن شاء سلم قيمة ما ادعت وإن شاء سلم مهر المثل وبقي الذي ادعته مملوكاً لسيده ، وإنما تستحق ذلك بحيث كان قد دخل بها فإن لم يكن قد دخل بها لم تستحق شيئاً إذا طلقها إلا المتعة ﴿ويعتق من أقر به﴾ الزوج أنه أصدقه إياه وهو الأخ ﴿مطلقاً﴾ أى سواء صادفته الزوجة أم لا ولو قبل الدخول فيرجع عليها بالأقل من نصف قيمة الأخ .

﴿ولاء من أنكرته﴾ الزوجة ﴿لبيت المال﴾ وذلك لأنه عتق باقرار الزوج أنها قد ملكته وهى رادة للملكه فلم يكن الولاء لها لأنها منكورة ولا للزوج لأنه ليس بالمتعق فكان لبيت المال حيث لا وارث له غيرها من النسب . والمراد بالولاء هنا الميراث وأما هي فلا ترث منه شيئاً لأنه عندها عبده وهى مكذبة للزوج ﴿والبينة على مدعى الإعسار للإسقاط﴾ يعنى أن من عليه حق لغيره من مهر أو دين أو زكاة فى ذمته أو نحو ذلك وادعى الإعسار ليستقط عنه ذلك الحق فى الحال فالبينة عليه فى ذلك ولدا لا تقبل البينة منه إلا بعد حبسه حتى يغلب الظن بإفلاسه مع يمينه كما سيأتى إن شاء الله تعالى فى المعسر آخر فصل ٣٩٢ .

﴿و﴾ إذا ادعى أنه معسر ليستحق ﴿بعض الأخذ﴾ نحو أن يدعى الإعسار ليلزم قريبه المومر نفقته فإنه لا يقبل منه إلا ببينة من غير حبس هنا وأما بعض الأخذ فالقول قوله نحو أن يدعى الفقر لياخذ الزكاة . قال فى الكواكب وجه الفرق فى الصورتين أنه فى الأولى يدعى حقاً على غيره وهو وجوب النفقة على القريب المومر

(١) هذا حيث قيمة ما ادعت عشرة دراهم فصاعداً أى عشر فقال لأنها قد رضيت بالنقص ١٠ هـ

بخلاف الثانية فإنه مدعى الفقر ولا يلزم الغنى الصرف إليه . وإنما تجب البينة ﴿ مع اللبس ﴾ في حاله هل هو موسر ومعسر في الوجوه جميعاً ، والحاصل إن كان ظاهره اليسار بين مطلقاً إلا أنه في الإسقاط لا تقبل إلا بعد حبسه ، وفي الأخذ تقبل بلا حبس سواء كان يتضمن إلزام الغير بالإعطاء أم لا ، ومن ظاهره الإعسار قبيل قوله مطلقاً في الأخذ في الصورتين ، والظاهر يثبت من حاله بعدم التصرف في الأموال وتخليه منها أو بحكم حاكم وهو أقوى .

﴿ باب ﴾

﴿ ١٥٩ ﴾

في استبراء الأمة وما يتعلق به . ﴿ و ﴾ اعلم أنه يجب ﴿ على واهب الأمة وبائنها ﴾ (١) وكذا من أراد نقلها عن ملكه إلى ملك غيره بوجه ما - فيجب عليه استبراؤها لذلك الإخراج فيدخل النذر والصدقة وغيرهما من وجوه التملك لا من أراد عتقها ووقفها أو كان المشتري ذا رحم لها تعتق عليه فلا يجب عليه الاستبراء ، ووجوب الاستبراء قبل الإخراج على المالك ، والمراد المملك ليدخل الولي والوكيل والفضولي . ﴿ مطلقاً ﴾ أى سواء كان الواهب والبائع رجلاً أو امرأة وسواء كانت المبيعة بكرًا أم ثيباً وسواء كانت موطوءة أم لا تصلح للجماع أم لا فإن كان المالك صغيراً أو مجنوناً أو مسجداً لزم الولي إذا أراد البيع ونحوه ﴿ استبراء غير الحامل والمزوجة ﴾ مدخولة أم لا ﴿ والمعتدة ﴾ فأما هؤلاء الثلاث فلا يجب لهن استبراء . والمراد بالحامل من غير سيدها أو منه حيث لا يلحق النسب كمن زنى ، لالو لحقه فلا يتصور بيعها مع الحمل لأنها أم ولد .

وأما مدة الاستبراء فيجب استبراء ﴿ الحائض بحيضة ﴾ أى متى عزم على هبتها

(١) والبيع بغير استبراء فاسد مع الجهل باطل مع العلم . وأما الهبة والنذر والصدقة بغير

استبراء فباطل لا فاسد اهـ

أو بيعها تربص بعد ذلك العزم حتى تحيض حيضة وتغتسل أو تميم للعذر أو يمضي عليها وقت صلاة اضطراري ولا عبرة بالإختياري لجواز البيع وأما جواز الوطاء للمشتري فلا بد من النسل أو التيمم . نعم فإن كانت حين عزم على بيعها حائضاً استبرأها بحيضة أخرى ﴿ غير مانعزم ﴾ على بيعها وهي ﴿ فيها ﴾ بمعنى في الحيضة فلا يعتد بها بمعنى استبراء بل لابد من حيضة أخرى غير هذه ، ولا تجب نية الاستبراء بل لو عزم على البيع ونحوه ومقتب حيضة بعد العزم كانت استبراء فيجوز البيع ونحوه بعدها ولو استبراء لأمرٍ جاز أن يفعل غيره كالزويج وقد استبرأ للبيع ولا يبطل الاستبراء بالإضراب ما لم يطلأ بعده .

﴿ و ﴾ إذا كانت الأمة من ذوات الحيض وهي الآن ﴿ منقطعة لعارض ﴾ طراً عليها سواء عرف العارض أم لا لأجل اليأس فإنها تستبرأ ﴿ بأربعة أشهر وعشر ﴾ إذ هي أكثر العدد الذي يعلم به براءة الرحم ولو كان ذلك العارض معروفاً مهما مضت المدة هذه قبل عود الحيض فإن أتى الدم قبل مضيتها استبرأها به ﴿ و ﴾ استبراء ﴿ غيرها ﴾ يعني غير الحائض والتي انقطع حيضها لعارض وهي الصغيرة والآيسة والضيءاء والمستخاضة الناسية لوقتها وعددها أو الوقت فقط ﴿ بشهر ﴾ فإذا مضى الشهر بعد العزم جاز المقد عليها بعد ذلك .

﴿ و ﴾ يجب ﴿ على منكحها ﴾ أن يستبرئها ﴿ للعقد ﴾ متى أراد أن يتزوجها سواء كان المالك لها صغيراً أم كبيراً ذكرراً كان أو أنثى متقادماً عليه ملكه أم متجديداً فإن لم يستبرئها كان النكاح فاسداً مع الجهل أو باطلاً مع العلم .
﴿ ومن تجدد له ﴾ ولو بالقسمة ﴿ عليها ﴾ أو غلى بعضها ﴿ ملك ﴾ أي من تجدد له على الأمة أو بعضها ملك بأن يرثها أو يشتريها أو يسببها أو توهب له . فإذا أراد بعد تجديد الملك البيع أو الوطاء أو الزويج لها وجب استبرأؤها ﴿ لا ﴾ إذا تجدد له عليها ﴿ يد ﴾ فقط بأن تكون في يد غيره ثم رجعت إلى يده نحو أن تكون معارة

أو مؤجرة أو مكتوبة عجزت نفسها أو مغصوبة أو مرهونة أو آبهة ثم رجعت إلى يد مالكها فإنه لا يجب عليه استبراؤها إذا أراد وطأها بمد رجوعها ، وكذا إذا كانت مزوجة فطلقت قبل الدخول والخلوة وكذا إذا كانت كافرة فأسلمت فأراد وطأها فإنه لا يجب عليه استبراؤها فيجب على من تجدد له عليها ملك أن يستبرئها ﴿لوطء بذلك﴾ المتقدم ذكره وهو أن يستبرئ الحائض بمحيضة غير ما عزم فيها ومنقطعت له عارض بأربعة أشهر وعشر وغيرها بشهر هذا حيث أراد البيع أو التزويج وأما جواز الوطء فيجوز إذا مضى قدر مدة الاستبراء من وقت تجدد الملك .

﴿و﴾ إذا كانت حاملا ولو من زنى استبرأها من يريد الوطء أو العقد للتزويج ﴿بالوضع﴾ والخروج عن النفاس وأما من يريد البيع فيجوز ولو قبل الخروج من النفاس. ﴿و﴾ إذا كانت الأمة مطلقة أو توفى عنها زوجها فاستبرأها بمضى ﴿المدة﴾ ولا يجب عليه أن يستأنف الاستبراء بعد انقضاء المدة ﴿وكاليمين المتقائلان والمتفاسخان﴾ أى إذا أقال البائع المشتري أو تفاسخا كان ذلك كالبيع الجديد فلا يجوز للمقبل أن يقبل حتى يستبرئ كالبائع ولا يجوز للمستقبل أن يطأها أو يزوجه أو يبيعها حتى يستبرئها لأنه كالشترى وكذلك الفسخ إذا وقع ﴿بالتراضى فقط﴾ لأنه يكون مع التراضى كالمقد الجديد فأما ما كان يفسخ ولو لم يقع تراض كالرد بالرؤية وبخيار الشرط مطلقاً وبالعيب والفساد إذا فسخا بحكم حاكم فقط فإنه في هذه الصور ليس بمقد جديد بل فسخ للمقد من أصله فلا يجب الاستبراء على واحد منهما. فأما الفسخ بالعيب المجمع عليه أو الفساد قبل القبض فإنهما كالفسخ بالحكم فلا يجب استبراء .

﴿و﴾ هؤلاء الذين وجب عليهم الاستبراء من بائع أو واهب أو نحوهما يجوز ﴿لهم الاستمتاع﴾ من الأمة في مدة الاستبراء لكن يستمتعون ﴿في غير الفرج﴾ ما لم تكن حاملاً ولو من زنى فلا يجوز الاستمتاع لأن استبرأها بالوضع ، فأما

الاستمتاع في الفرج فيمنع من صحة الاستبراء بالنظر إلى البائع وأما المشتري فيأثم ولا يلزم الاستئناف ﴿إلا مشترياً ونحوه﴾ كالتهب والغنم والوارث فلا يجوز له الاستمتاع منها ﴿و﴾ لو باللمس في مدة الاستبراء إذا كان ﴿يجوز الحمل﴾ فيها أى يجوز أن مثلها تملق فأما إذا كان لايجوز ذلك بأن تكون صغيرة أو آيسة جاز له الاستمتاع ذكره أبو العباس وأبو طالب ورواه في التقرير عن المنتخب وهو المختار للمذهب .

﴿وتجوز الحيلة﴾ في إسقاط وجوب الاستبراء ، والحيلة في ذلك أن يزوجه البائع عبداً أو حراً حيث يجوز ثم يبيعها وهي مزوجة ثم يطلقها العبد قبل الدخول والخلو فأنقضت سقوط الاستبراء عن المشتري فيجوز له الوطء بعد طلاق الزوج والبيع قبل الطلاق من غير استبراء فأما على البائع فلا يسقط عنه لأنهم يوجبون الاستبراء .

﴿فصل﴾

﴿١٦٠﴾

في حكم وطء الإماء ولحوق النسب لأجله أولاً ، ووجوب الحد وسقوطه : أما لحوق النسب فقد فصل ذلك الإمام عليه السلام بقوله : ﴿ومن وطئ أمة﴾ بأحد سيئين ﴿الأول﴾ أن تكون ﴿أيماً﴾ بنكاح صحيح كما مر تحقيقه أول كتاب النكاح ، والأيتم هي التي ليست تحت زوج ولا معتدة ولا حامل من غيره لأنها ليست بأيتم ما دامت حاملاً ﴿والثاني﴾ أن يكون ﴿له ملك في رقبته﴾ لا في منفعتها ﴿ثبت النسب﴾ له سواء كان الوطء جائزاً أم غير جائز كالشركة والكاتبة ﴿وا﴾ ن ﴿لا﴾ يكن الوطء بنكاح صحيح أو ﴿ملك﴾ في رقبته ﴿فلا﴾ يثبت النسب سواء كان عالماً أو جاهلاً ﴿إلا﴾ في ثمانى إماء فانه يثبت النسب للوطئ لمن ولو لم يكن له فيمن ملك ﴿الأولى﴾ ﴿أمة الابن﴾ أو البنت إذا وطئها الأب وهي غير مزوجة ولا معتدة

ولا حامل فإنها إذا ولدت منه لحقه النسب ﴿مطلقاً﴾ أى سواء وطئها علماً بالتحريم أم جاهلاً وهذا إذا لم يكن الابن قد وطئها أو قبلها أو نظر إليها لشهوة فإن كان قد جرى شيء من ذلك فزأن يجب حده سواء علم أم لا .

﴿و﴾ ﴿الثانية﴾ ﴿اللقطة﴾ ولو حرة لأنها تشبه الغنيمة ولو كان الملتقط عبداً .

﴿و﴾ ﴿الثالثة﴾ ﴿المحللة﴾ وهى التى قال مالكها أحلت لك وطأها أو أباحت لك أو أطلقت لك لأنها تشبه المعقود عليها عقد نكاح ﴿و﴾ ﴿الرابعة والخامسة﴾ ﴿المستأجرة والمستعارة﴾ إذا كانت مستأجرة أو مستعارة ﴿للوطء﴾ وهذا قيد لها والمحللة لشبه هؤلاء الثلاث بالمعقود عليها لا إذا كانت مستأجرة أو مستعارة للخدمة أو مطلقاً فإنه لا يلحقه النسب فيحد ولو جهل التحريم ﴿و﴾ ﴿السادسة﴾ ﴿الموقوفة﴾ إذا وطئها من هى موقوفة عليه فإنه يلحق النسب ولا مهر عليه لأن له شبهة ملك للمكة منافعها . وكذا إذا وطئها الواقف لأن له شبهة الولاية . فأما لو وطئها ولى الوقف حد مع العلم والجهل .

﴿و﴾ ﴿السابعة﴾ ﴿المرقبة المؤقتة﴾ لأنها تشبه الرقبة المطلقة من حيث تناول إباحتها منافعها جميعاً ، والمرقبة هى التى قال مالكها قد أرقبتك هذه الجارية شهراً أو سنة أو نحو ذلك ﴿و﴾ ﴿الثامنة﴾ ﴿مفصوبة شراها﴾ صوابه «تملكها» وهو جاهل كونها مفصوبة . أما إذا علم^(١) كونها مفصوبة وظن أنها تحمل له بالشراء من الغاصب قال الإمام عليه السلام فالأقرب أنه كجهله غصبها . فهؤلاء السبع المذكورات بعد أمة الولد يلحق النسب إذا وطئن ﴿مع الجهل فيهن﴾ جميعاً لا مع العلم فلا يلحق ولا بد من الدعوى فى هؤلاء الثمان ومصادقة سيد الأمة أو البينة على الإقرار بالوطء أو مصادقة الأمة كالعبد المأذون .

(١) وإذا هلك لإحدى هؤلاء السبع لم تصر أم ولد لأنه لم يستند إلى ملك صحيح ولا فاسد .

وأما سقوط الحد فقد فصله الإمام عليه السلام بقوله: ﴿ومهما ثبت النسب﴾ ولحق بالواطئ ﴿فلا حد﴾ عليه ولو كان الوطاء محظوراً ﴿والعكس﴾ وهو لزوم الحد ﴿في العكس﴾ وذلك حيث لا يلحق النسب ﴿إلا﴾ في سبع إماء فإنه لا يثبت الحد مع عدم لحوق النسب ﴿الأولى﴾ ﴿المكره على وطئها﴾ من غيره فإنه لا يثبت النسب مع أنه لا حد عليه للإكراه ولا مهر إذ لم يبق له فعل ولا كانت بكراً مكرهه فإن بقي له فعل أو كانت بكراً مكرهه لزم المهر ورجع به على من أكرهه ﴿والثانية﴾ الأمة ﴿المهونة﴾ رهناً صحيحاً إذا وطئها المرتنن فلا يلحق النسب به ولا حد عليه فإن كان الرهن فاسداً لزم الحد مع العلم والجهل ﴿و﴾ ﴿الثالثة﴾ الأمة ﴿المصدقة﴾ إذا وطئها الزوج وقد عينت مهرأ ﴿قبل التسليم﴾ إلى الزوجة ولا يسقط الحد في هاتين إلا ﴿مع الجهل﴾ فأما لو وطئها المرتنن أو الزوج وهو عالم بالتحريم لزمه الحد ﴿و﴾ ﴿الرابعة﴾ ﴿المسبية﴾ إذا وطئها أحد الناعين أو غيرهم ممن حضر الوقعة ﴿قبل القسمة﴾ وإنما يسقط عنه الحد لأن له فيها نصيباً . وأما كون النسب لم يلحقه فلأن نصيبه فيها غير متعين قبل القسمة لجواز مصيرها سهماً لغيره ، فإن لم يكن إلا هي فلجواز التنفيل .

﴿و﴾ ﴿الخامسة﴾ ﴿المبيعة﴾ ^(١) بيعاً صحيحاً إذا وطئها البائع لها ﴿قبل التسليم﴾ للمشتري فلا حد عليه ﴿والسادسة والسابعة﴾ أمة بيت المال والمكاتبة إذا وطئها السيد في هذه الأربع الإماء الآخر لاحد ﴿مطلقاً﴾ يعني سواء كان الواطئ لمن عالماً بالتحريم أم جاهلاً فإن الحد يسقط عنه .

﴿والولد﴾ إذا حدث ﴿من﴾ الثمان الإماء ﴿الأولى﴾ وهن اللواتي يلحق نسب الولد بالواطئ يكون الولد فيهن ﴿حر﴾ أصل لا عبداً ولو كان الواطئ عبداً ﴿و﴾ يجب ﴿عليه﴾ يعني الواطئ ﴿قيمه﴾ يعني قيمة الولد يوم الوضع لما لك الأمة

(١) وكذا التصديق بها والتذوق بها اهـ

فأما إذا كانت موقوفة فوطئها الموقوف عليه فولدت فالولد حر ولا يلزمه شيء لأنه كالغرور. وقوله ﴿ غالباً ﴾ احتراز من أمة الولد وكذا من أمة الأخ والأب إذا كانت محلة أو لقيطة أو نحوها كمنصوبة شراها الأخ وهي لأخته أو الأب وهي لابنته وكان شراؤها مع الجهل أنها منصوبة. أو كانت مستأجرة أو مستعارة للأخ ونحوه من أخيه ونحوه للوطء فإنه لا يلزم الواطئ قيمة الولد للمالك الأمة في هذه الصور.

﴿ و ﴾ الولد ﴿ من ﴾ الست الإمام ﴿ الآخر ﴾ ^(١) وهي الرهونة والصدقة والمسبية والمبيعة وأمة بيت المال والمكاتبة ﴿ عبد ﴾ لعدم نسبه بالواطئ وإن سقط الحد وكذا سائر الموطوءات من الإمام كلها حيث لا ملك للواطئ في رقبته إلا حيث دلت على الزوج فإن الولد منهما يكون حراً. ﴿ و ﴾ حيث يكون الولد عبداً ولم يلحق بأبيه في النسب فإنه ﴿ يعتق ﴾ على أبيه ﴿ إن ملكه ﴾ أو بعبده بشراء أو نحوه ﴿ و ﴾ هؤلاء الإمام الإثنا عشر المذكورات في الأزهار والملحقات في الشرح يجب ﴿ لمن المهر ﴾ الحرية لها والمملوكة لسيدتها على من وطئهن حيث لا يجب الحد ﴿ إلا المبيعة ﴾ إذا وطئها البائع قبل التسليم وكان البيع صحيحاً فإنه لا يلزمه لها مهر إذا اختار المشتري أخذها.

﴿ ١٦١ ﴾ (فصل)

في أحكام وطء أمة الولد خاصة ﴿ وتستهلك أمة الابن ﴾ وكذا أمة البنت ولو مشتركة بينه وبين الغير ﴿ بالملوق ﴾ من الأب الحر مع الدعوة ومصادقة الابن بالوطء والملوق ﴿ فيلزم ﴾ لذلك خمسة أحكام : الإثم لمصيانته بالوطء وعدم الحد علم أو جهل وتصير أم ولد وتحرم على الابن مؤبداً ويلزمه ﴿ قيمتها ﴾ للولد يوم الملوق ومكانه ولو تعدت دية الحر لأنه من ضمان الأموال . ﴿ ولا ﴾ يجب للمالك قيمة الولد ولا

(١) أو من الأول مع العلم غير أمة الولد كما مر اهـ

﴿عقر^(١)﴾ كما في غالباً ﴿وا﴾ ن ﴿لا﴾ تعلق بوطء الأب ﴿فا﴾ نه يثبت لذلك أحكام ثلاثة : بقاء الأمة على ملك الابن وله الوطاء ويلزم الأب ﴿المقر﴾ لذلك الوطاء ﴿فقط﴾ بمعنى ولا قيمة لعدم الاستهلاك ولا يتكرر العقر بتكرار الوطاء إلا بتكرار تسليم المقر جميعه ويجوز للابن الوطاء لأنها باقية على ملكه ، وإذا وطئها الأب مرتين فعلق من الوطاء الثاني لزم المقر بالوطء الأول فقط والقيمة بالوطء الثاني فلو التبس هل الملق من الأول أو من الثاني فلا شيء عليه لأن الأصل براءة الدمة .

﴿١٦٢﴾ فصل

في أحكام وطء الأمة المشتركة . ﴿و﴾ اعلم أنه ﴿لا﴾ يجوز أن ﴿توطأ بالملك﴾ أمة ﴿مشتركة﴾ ولا بالنكاح أيضاً لأن النكاح والملك متضادان فإذا كانت أمة بين اثنين لم يُجْزَ لأحدهما أن يطأها ﴿فإن وطئ﴾ أحد الشريكين أثم بذلك ولزمه المهر للآخر بقدر حصته ولا حدّ عليه سواء علم بالتحريم أم جهله لكن إذا وطئها ﴿فعلقت﴾ منه ﴿فادعاء^(٢)﴾ لزمه حصة الآخر من المقر ﴿بقدر حصة الشريك فيها فإذا كان له نصفها لزمه نصف المقر وإن كان له ثلثها استحق ثلثه وقس على ذلك ، والمقر لازم سواء علقت أم لا ﴿و﴾ يلزمه حصته من ﴿قيمتها﴾ غير حامل ﴿يوم الحبل﴾ بالنكاح ما بلغ إذ هو من ضمان الأموال لا الجنائيات فإن كان لشريكه نصف الأمة ضمن له نصف قيمتها يوم حملت وكذا لو كان له الثلث أو نحوه : فإن كان هذا الواطئ معسراً فاللازم على الجارية أن تسمى عنه لشريكه بالزائد على حصته من قيمتها .

﴿و﴾ يلزمه حصة الشريك أيضاً من ﴿قيمتها﴾ أي من قيمة الولد ﴿يوم الوضع﴾ حياً لأنه أقرب وقت يمكن فيه تقويمه سواء ادعاه وهي حامل أم بعد الوضع لأنه

(١) والمقر هو المهر لكن جرت عاقبتهم بالتبشير عنه في حق الأمة بالمقر كما مر اه

(٢) فإن لم يدعه بقيت الأمة مشتركة بينهما في الظاهر ولزمه حصة شريكه من المقر اه

بدعوته ينكشف أنه مستهلك من يوم الملق \langle إلا \rangle أن يكون النصيب في الأمة \langle لأخيه ونحوه $\langle^{(١)}$ كإبيه وجده فإذا كان الشريك في الأمة أخاً للشريك الثاني أو أباً أو جداً أو ابناً فإنه لا يضمن قيمة الولد لأن الولد حرّ أصل ولأن من ملك ذا رحم محرم عتق عليه عندنا ، وإنما يضمن هنا نصف قيمتها ونصف عقرها .

\langle فإن وطئاً $\langle^{(٢)}$ معا في طهر واحد أي فإن وطئ الشريكان الأمة المشتركة بينهما \langle فعلققت فأدعياء معا \rangle أي ابتديا الدعوى في المجلس قبل الإعراض حيث كانا حاضرين ، فإن كان أحدهما غائبا فله مجلس الخبر بدعوة شريكه ، فإذا وقعت الدعوى منهما معا \langle تقاصاً \rangle أي تساقطا في المهر ولم يلزم أحدهما لصاحبه شيء وهذا حيث الأمة بينهما نصفان ووطئها وهي ثيب أما لو وطئها ونصيب أحدهما أكثر من الآخر أو وطئها أحدهما بكرأ والآخر ثيباً فإنهما لا يتساقطان بل يجب التراد . قال الإمام عليه السلام : ومن ثمة قلنا \langle أو تراداً \rangle أي يرد صاحب الأقل لصاحب الأكثر القدر الزائد ، فلو كان لأحدهما ربع وللآخر ثلاثة أرباع فوطئها لزم صاحب الربع للآخر نصف عقر وربع قيمة الولد وربع قيمة الأم وإن كانت أثلاثاً لزم صاحب الثلث سدس قيمة الولد وسدس قيمة الأم وثلث عقر مع استواء القيمة ، وهكذا لو وطئها ولم تعلق فإنهما يتقاصان في العقر ويتراذان كما تقدم .

\langle وهو ابن لـ لكل فرد \rangle أي أن الولد الحادث من أمة للشريكين إذا ادعياء معا كان ولداً لكل واحد منهما ومعنى كونه ابناً لكل فرد أنه إذا مات أحد أبويه ورثه هذا الولد ميراث ولد كامل لا نصف ميراث \langle و \rangle الشركاء \langle مجموعهم \rangle بمنزلة

(١) أما لو وطئ الم أمه له ولابن أخيه لزمه قيمة الولد لابن أخيه ولا شيء في العكس وهو أن بطأ ابن الأخ أمه له ولعمه فلا تلزمه قيمة الولد للعم لأنه رحم للعم محرم اهـ

(٢) وهذا حيث وطئ ولم يعلم الثاني بوطء الأول والمالوق والدعوى ، فلو علم حد لأنه

﴿ أب ﴾ واحد فإذا مات الولد كان لهم كلهم من تركته على عدد رؤوسهم لا على قدر الأنصبة في الأمة نصيب أب واحد لا أكثر . ومعنى كونهم بمنزلة أب واحد أنه لا يلزم كل واحد منهم من النفقة ونحوها والفقرة لهذا الابن إلا قدر حصته من نصف وثلث ونحوهما ، وأما الولد فيلزمه لكل واحد منهم نفقة كاملة وفطرة كاملة .

﴿ و ﴾ إذا مات أحد الأبوين فإنه ﴿ يكمل الباقي ﴾ منهما أباً فإذا كان لهذا الميت ابن ومات هذا الولد كان الأب الباقي هو الذي يرثه دون ابن الميت ونفقته كلها تكون على الباقي .

واعلم أن الابن إنما يكون للشريكين معا حيث يكونان حرين مسلمين أو ذميين وسواء كان أباً وابناً أو غير ذلك ﴿ فان اختلفوا ﴾ فكان بعضهم حراً وبعضهم عبداً وادعوه معا ﴿ فللحر دون العبد ﴾ أى يحكم بالولد للحر دون العبد . قال ﴿ المؤيد ﴾ بالله رحمه الله ﴿ ولو ﴾ كان العبد ﴿ مسلماً ﴾ والحر كافراً فإن جانب الحر الكافر أرجح فيكون الولد له دون العبد المسلم . ومثال ذلك أن يشترك ذميان في أمة فوطئها فلحق أحدهما بدار الحرب فسبى فأسلم ثم ادعى الولد فإن الحر الذى أولى بالولد عند المؤيد بالله ومثله عن الناصر . وقال صاحب الوافى وهو المختار للمذهب يكون الولد للعبد المسلم دون الحر الكافر ومثله عن أبى طالب . قال الفقيه على : أما لو كانت أمة مسلمة فإنه يلحق بالحر الذى وفاقاً ليستفيد الإسلام وأما الحرية فهو حر على كل حال ﴿ ثم ﴾ إذا كان الأبوان عبيدين معاً أو حرين معاً لكن أحدهما مسلم والآخر كافر كان الولد ﴿ للمسلم ﴾ دون الكافر . ومثال ذلك أن يشترك ذميان في أمة فوطئها ثم لحقا بدار الحرب فسبيا فأسلم أحدهما دون الآخر ثم ادعى الولد فهما هنا عبيدان أحدهما مسلم فيلحق الولد بالمسلم دون الكافر . ومثال كونهما حرين أحدهما مسلم أن يشترك فيهما ذميان فوطئها ثم يسلم أحدهما وبقي الآخر ثم ادعى الولد فإنه يلحق بالمسلم دون الكافر ويضمن حصته صاحبه في الولد والمقر لأنه قد استهلك حصته شريكه .

﴿مسئلة﴾ إذا صارت الجارية أم ولد للشريكين حيث يلحق الولد بهما ثم مات أحدهما فإنها تعتق بموت الأول وتسعى للثاني بقدر نصيبه .

﴿١٦٣﴾ (باب الفراش)

هو عبارة عن لحوق نسب ما تلده المرأة بالواطء لها بشرائط . وهو قسمان: فراش زوجة ، وفراش مملوكة . أما فراش الزوجة فقد أوضحه الإمام عليه السلام بقوله ﴿إنما يثبت للزوجة﴾ بشروط أربعة : ﴿الأول﴾ ﴿بنكاح﴾ أى عقد نكاح ﴿صحيح﴾ وهو المستكمل للشروط المتقدمة ﴿أو﴾ عقد ﴿فاسد﴾ وهو الذى يختل فيه شرط كعدم الولى أو الشهود ﴿الشرط الثانى﴾ أن يكون قد ﴿أمكن الوطء فيهما﴾ أى فى الصحيح وفى الفاسد فإذا تزوجها بعقد صحيح أو فاسد وأمكن الوطء ولو كان الزوج خصباً أو مجرباً ثبت الفراش ولو ادعى أنه لم يطأها، فأما لو لم يمكن الوطء بأن حبس عنها من بعد العقد أو كان مقطوع الذكر والأنثيين فجاءت بولد لم يلحق به . وهكذا لو كانت فى جهة نازحة عنه فجاءت بولد قبل مضى مدة يمكنه فيها الوصول إليها وقبل مضى ستة أشهر لم يلحق به .

﴿أو﴾ وقع بينهما عقد نكاح ﴿باطل﴾ أو مغلوطاً بها نحو أن يتزوجها فى المدة جهلاً فإنه يثبت به النسب بشرطين : ﴿أحدهما﴾ أن يكون وقع على وجه ﴿يوجب المهر﴾ وذلك بأن يكونا جاهلين ﴿غالباً﴾ احترازاً مما لو علمت المرأة التحريم وجهله الزوج فإنه يثبت النسب ولو لم يجب المهر كما تقدم بفصل ١٦٠ فى قوله : « ومهما ثبت النسب فلا حد » .

﴿الشرط الثانى﴾ من شرطى النكاح الباطل الذى يثبت به النسب أن يكونا قد ﴿تصادقا﴾ فى كل حمل أو بين مدعيه ﴿على﴾ حصول ﴿الوطء فيه﴾ أى فى الباطل . فلو لم يتصادقا على حصول الوطء لم يثبت به النسب .

﴿الشرط الثالث﴾ من شروط فراش الزوجة أن يكون إمكان الوطء في الصحيح والفاسد ووقوعه في الباطل حاصلًا ﴿مع﴾ إمكان ﴿بلوغهما﴾ أى يجوز عليهما البلوغ كابن عشر سنين وما فوقها وبنت تسع سنين وما فوقها فلو أمكن الوطء ولم يجوز بلوغ أحدهما لم يثبت الفراش .

﴿و﴾ ﴿الشرط الرابع﴾ ﴿مضى أقل مدة الحمل﴾ من يوم إمكان الوطء إلى أن أنت به المرأة وذلك بأن تمضى ستة أشهر كاملة فلو جاءت بولد دون ذلك لم يباحق به لأنه حصل قبل ثبوت الفراش، وهذا حيث خرج حياً لأن الحمل لا يخرج حياً لدون ستة أشهر . قال في البيان فلو اختلفا في مضي هذه المدة فالبينة على مدعى المضي، فلو عقد بامرأة بينه وبينها مسافة شهر لم يلحق به إلا ما ولدته بعد سبعة أشهر ولو قد طلقها بعد مضي الشهر لا قبله ما لم تقم بينة على منعه منها أو منعها منه في تلك المدة لم يلحق به في الصورتين .

﴿و﴾ أما فراش الأمة وهو القسم الثاني فإنه يثبت ﴿للأمة﴾ بشروط أربعة :
 ﴿الأول﴾ ﴿بالوطء﴾ لها ﴿في ملك﴾ كملوكته ولو مشتركة ﴿أو شبهة﴾ ملك كأمة الولد ولا يكتفى في الأمة بإمكان الوطء كما في الحرة بل لا بد من وقوع الوطء ﴿مع ذينك﴾ الشرطين اللذين قدمناهما في وطء الحرة وهما أن يقع الوطء مع إمكان بلوغهما وأن تمضى أقل مدة الحمل من يوم الوطء لها . ﴿و﴾ ﴿الشرط الرابع﴾ ﴿الدعوى﴾ فلو وطئها وجاءت بولد ولم يدعه لم يثبت لها الفراش ولو أقر بالوطء ومضت مدة الحمل فلو كان الواطئ نجزونا صح أن يدعى له وليه .

﴿فصل﴾

﴿١٦٤﴾

﴿و﴾ متى ثبت الفراش للرجل فكل ﴿ما ولد قبل ارتفاعه﴾ أى قبل أن يرتفع الفراش ﴿لحق﴾ نسب الولد ﴿بصاحبه﴾ أى بصاحب الفراش ولو لم يدعه .

واعلم أن فراش الزوجة حرة كانت أم أمة يرتفع بارتفاع النكاح وانقضاء العدة مع مضي ستة أشهر بعدها في الرجعي مطلقاً لا في البائن فبانقضائها فقط أو مضي أربع سنين من يوم الطلاق وإن لم تنقض العدة ، وأما المملوكة فيرتفع الفراش في حقها بأن يعتقها سيدها وتنقض عدتها بحيضتين بعد العتق فبأ ولدت بعد لم يلحق بالسيد إن أتت به لستة أشهر من يوم الانقضاء ، فإن انقطع حيضها لعارض فبأربعة أشهر وعشر ، وتأتي به لستة أشهر بعدها فقد ارتفع الفراش بذلك فما أتت به فلا يلحق بالسيد .

﴿ قيل ﴾ القائل الفقيه حسن ومعناه أن ما ولدته الأمة بعد ثبوت الفراش فإنه يلحق بمن قد ثبت له الفراش أو لا من دون دعوة للآخر ﴿ وإن تعدد ﴾ صاحب الفراش الأول بأن يكونوا جماعة فإن الولد يلحق بهم جميعاً ﴿ كالشركة ﴾ إذا وطئها الشركاء جميعاً وادعوا ولدها لحق الولد بهم جميعاً . وهكذا كل ما أتت به من بعد ما لم يرتفع الفراش ﴿ والمتناسخة ﴾ وهي التي باعها مالكمها من آخر ثم باعها الآخر ثم كذلك وباعها هؤلاء كلهم ﴿ في طهر ﴾ واحد من غير استبراء وقد ﴿ وطئها كل ﴾ واحد من المتبايعين ﴿ فيه ﴾ أى في ذلك الطهر ﴿ قبل بيعه ﴾ إياها صوابه « قبل التسليم » لأن البيع فاسد ولا يملك إلا بالقبض ﴿ وصادقهم الآخر ﴾ وهو الذى اشتراها آخرهم على أنهم وطئوها قبل التسليم إليه فإن المتناسخة على هذه الصفة إذا جاءت بولد ﴿ وادعوه مماً ﴾ أى ادعاه المتناسخون لها كلهم حين علموا به فإنه يلحق بهم جميعاً وتكون المتناسخة كالشركة في أن ولدها لاحق بالجماعة وأن فراشها ثابت لهم جميعاً ، فما جاءت به بعد هذا فهو لاحق بهم جميعاً ولو لم يدعوه حتى يرتفع فراشها ، والمختار للمذهب في هذه المسئلة أن الشركة أن الولد الحادث بعد نصيرها أم ولد بالولد الأول لا يلحق بهم إلا بعد الدعوى .

﴿ فإن اتفق فراشان مترتبان فبالآخر ﴾ من الفراشين يلحق الولد . وصورة ذلك

(التاج المذهب ٨ - في)

أن تزوج امرأة المفقود بعد قيام البينة بموته ثم يرجع وقد أتت بولد فإنه يلحق بالثاني، وكذا إذا تزوجت امرأة وهي في العدة جهلاً بذلك فأنت بولد فإنه يلحق بالثاني ﴿إن أمكن﴾ إلحاقه به وذلك حيث تأتي به لستة أشهر من وطء الثاني فما هنا يلحق بالثاني، ولو أمكن إلحاقه بكل واحد منهما وذلك إذا جاءت به لأربع سنين فما دون منذ غاب الأول أو طلقها طلاقاً رجعيّاً أو بائناً، ولستة أشهر فما فوق من وطء الثاني فإن إلحاقه بهما ممكن لكن الواجب إلحاقه بالآخر منهما لأن فراشه أجد مع المصادقة بالوطء أو البينة . قال في الفيت : « تنبيه اعلم أن المعتدة إذا تزوجت بعد مضي مدة يمكن انقضاء العدة فيها وهي تسعة وعشرون يوماً فقط كان نكاحها إقراراً بانقضاء العدة » .

﴿وا﴾ ن ﴿لا﴾ يمكن إلحاقه بالثاني ﴿فبالأول﴾ يلحق هذا الولد ﴿إن أمكن﴾ إلحاقه به وذلك حيث تأتي به لأربع سنين فما دون منذ طلقها الأول ولدون ستة أشهر من وطء الثاني فإنه لا يمكن إلحاقه بالثاني ﴿وا﴾ ن ﴿لا﴾ يمكن إلحاقه بالثاني ولا بالأول ﴿فلا﴾ يلحق ﴿أيهما﴾ وصورة ذلك أن تأتي به لفوق أربع سنين من طلاق الأول ولدون ستة أشهر من وطء الثاني فإنه ههنا لا يمكن إلحاقه بواحد منهما وذلك حيث عقد بها لدون تسعة وعشرين يوماً من يوم الطلاق، إذ لو كان بعده لكان إذنها بالمقد إقراراً بمضي العدة.

﴿فائدة﴾ إذا علم الرجل أنه لم يطلأ امرأته فأنت بولد وألحقه الشرع به جاز له فيما بينه وبين الله تعالى أن يزوي عنه الميراث بل يجب عليه ذلك، ويجب عليه أن يمنع بناته من الخروج عليه وكذا يمنع أولاده من الخروج عليها لو كان المولود أنثى .
﴿وأقل﴾ مدة ﴿الحمل﴾ الحى الذى لا يعيش عادة إلاّ بها ﴿ستة أشهر﴾ إجماعاً ﴿وأكثره﴾ . يعنى أكثر ما يلبث الولد فى بطن أمه بعد وجوده ﴿أربع سنين﴾ عندنا .

﴿١٦٥﴾ فصل

في حكم أنكحة الكفار وحكم من أسلم منهم عن زوجات له . ﴿و﴾ اعلم ﴿إنما بقرّ الكفار﴾ إذا دخلوا في الدمة أو أسلموا لا الحريين فلا يلزمنا النظر في عقودهم لتنافي الأحكام بيننا وبينهم ، نعم ؛ فالذى يقرّ عليه الذى أسلم من الكفار أو دخل في الدمة ﴿من﴾ عقود ﴿الأنكحة﴾ وغيرها من سائر الأحكام الشرعية نحو طلاقهم وعقبتهم وإقرارهم فيقرون فيها ﴿على ما وافق الإسلام قطعا﴾ بمعنى ما صورته صورة الصحيح بإجماع علماء الإسلام على أن مثل هذا العقد إذا وقع بين مسلمين فهو صحيح ﴿أو﴾ كان ذلك العقد يوافق الإسلام ﴿اجتهاداً﴾ أى يكون موافقاً لقول مجتهد من علماء الإسلام ولو خالفه غيره فإنهم يقرون عليه وذلك كالنكاح من غير ولى أو من غير شهود أو نحوها فإن كان لا يصح مثله في الإسلام لا قطعا ولا اجتهداً لم يقرّوا عليه نحو نكاح الممتدة والمطلقة ثلاثا والجمع بين الأختين ونكاح بنت الأخت ونحو ذلك، أما إذا أسلموا فإنهم لا يقرون عليه بحال من الأحوال، فإن لم يسلموا فلا يقف فسخ نكاحهم على ترافهم إلينا بل يفسخه الحاكم ترافعوا إلينا أو لم يترافعوا، والمراد بالفسخ أن يفرق بينهما فإن كان يصح عندنا قطعا، أو اجتهداً ويصح عندهم لم يعترضوا، فإن كان يصح عندنا لا عندهم كنكاح الثالثة بعد التحليل فلا يعترضون، فإن كان يصح عندهم لا عندنا كنكاح بنت الأخت وبنت الأخ فلا يقرون عليه .

﴿فن أسلم﴾ من الكفار أو دخل في الدمة ﴿عن عشر﴾ زوجات أو أكثر أو أقل والمراد أكثر من أربع ﴿وأسلمن﴾ معه ﴿عقد بأربع﴾ منهن ﴿إن جمعن عقد﴾ واحد بأن عقد بما فوق الأربع في عقد ﴿وا﴾ ن ﴿لا﴾ يجمعن عقد بل في عقود ﴿بطل﴾ منها ﴿ما﴾ كان من العقود داخلة ﴿فيه﴾ المرأة ﴿الخامسة﴾ سواء كان

متقدماً أم متأخراً وصح ما سواه من العقود . فلو تزوج امرأتين في عقد وثلاثاً في عقد صح نكاح الثنتين وبطل نكاح الثلاث لأن فيه الخامسة، فلو كان نكاح الثلاث أولاً صح نكاحهن وبطل نكاح الثنتين . فإن تزوج واحدة ثم سقاً ثم ثنتين ثم واحدة بطل نكاح الست وصح نكاح البواقي . وحاصله أنه يبقى معه النكاح ولا يحتاج إلى تجديده إن وافق الإسلام قطعا أو اجتهاداً، وما خالف لم يبق عليه ، ووجب تجديده على الوجه الذي يصح في الإسلام .

﴿ فإن التبس ﴾ العقد الذي فيه الخامسة ﴿ صح ﴾ من العقود ﴿ ما وطئ فيه ﴾ أو لمس أو قبّل، وبطل ما لم يطأ فيه ، وهذا حيث تصادقوا في ذلك، فأما مع المناكحة فن أقر الزوج بتأخيرها فقد أقر بطلان نكاحها فإذا ادعت عليه أنها المتقدمة على غيرها فعليها البينة، فإذا بينت استحققت ما وجب لها وعليه المين إذا لم تبين . وتسقط الحقوق إن حلف ﴿ فإن التبس ﴾ العقد الذي وطئ فيه ﴿ أو لم يدخل ﴾ بواحدة من العشر رأساً وقد التبس عليه العقد الذي فيه الخامسة أو دخل بهن الجميع والتبس المتقدم ﴿ بطل ﴾ نكاح العشر كلهن في الثلاث الصور مع استمرار الجهل والإياس من معرفة المتقدم^(١) منهن وإذا بطل نكاحهن ﴿ فيعقد ﴾ بأربع منهن إن شاء ﴿ وقيل ﴾ القائل القاضي زيد وهو خلاف المذهب أنه ﴿ يطلق ﴾ العشر ﴿ ويمقد ﴾ بأربع منهن ﴿ فيختلف ﴾ عند القاضي زيد ﴿ حكمهن ﴾ حينئذ ﴿ في المهر والميراث ﴾ أما اختلافهن في المهر فإن كن مدخولاً بهن ومهرهن مسمى فلكل واحدة نصف المسمى ونصف الأقل من المسمى ومهر المثل، وذلك لأنك تجوز في كل واحدة أن نكاحها صحيح فتستحق المسمى، وتجوز أنه باطل فتستحق الأقل من المسمى ومهر المثل فأعطيت نصف ما تستحقه

(١) فإن عرف المتقدم بعد اليأس فالمذهب أنه يعمل بما عرف من بعد وبطل نكاح المتأخرات اهـ .

في كل حال بالتحويل^(١) .

وأما إذا لم يسم لهن فلكل واحدة مهر المثل . وأما إذا كن غير مدخول بهن فإن لم يسم لهن مهراً فلا شيء لهن إن مات أو فسخ وإن طلق استحققت كل واحدة نصف متعة^(٢) لأنك تقول عقدك صحيح فلك المتعة ، عقدك الباطل فلا شيء على حاليين نصف متعة ، وإن سمى فإن مات استحققت كل واحدة نصف المسمى^(٣) وإن طلق استحققت كل واحدة ربه وإن فسخ فلا شيء لهن لأن الفسخ ليس من جهته فقط ، وإن دخل ببعض الأربع وبعض الثلاث والتبس المتقدم لزم للموطوءات نصف المسمى ونصف الأقل فإن لم يسم لزم مهر المثل ، وأما الآخرات إن سمى لهن لزم نصف المسمى بالموت وبالطلاق ربه ، وإن لم يسم فلا شيء .

وأما اختلافهن في الميراث فإن مات عنهن بعد فسخ أو طلاق بئن فلا شيء لهن وإن كان بعد طلاق رجعي ومات بعد العدة فكذلك وإن مات وهن في العدة أو مات قبل الطلاق والفسخ وقد كان تزوج أربعاً وثلاثاً فنصف الميراث بين الأربع أربعاً ونصفه بين الثلاث أثلاثاً^(٤) ونصفه بين الطائفتين في الأربع إذا كان نكاحهن بمقدين كل اثنتين في عقدٍ يخصص بينهما أربعاً . فإن كانت إحدى الإثنتين أمة ثبت نكاح الحرة بكل حال واستحققت سدس الميراث ومنه وللثلاث ربه ومنه وللثنتين ثلثه والله أعلم .

(١) وهذا على أصل القاضي زيد . وأما على المذهب فإن كان المسمى أقل استحقته من دون

تحويل اهـ .

(٢) عند القاضي زيد والمذهب لا شيء سواء مات أم طلق أم فسخ اهـ

(٣) المذهب لا تستحق شيئاً في جميع الصور إلا مع الدخول .

(٤) والمذهب لا شيء اتفاقاً بين أهل الفقه والقراءات .

﴿١٦٦﴾ كتاب الطلاق

الطلاق في الأصل مصدر الفعل الثلاثي المجرد ، يقال طلقت المرأة طلاقاً ، واسم لطلق الرجل امرأته تطبيقاً كالكلام والسلام ، ويلاقيه في المعنى الأطلاق والانطلاق لأن في الكل معنى التخليّة والارسال ، يقال أطلقت المحبوس إذا خلّيت سبيله ، وأطلقت الدابة إذا خلّيتها من الرباط وأطلقت سبيلها ، وفلان طلق الوجه أى خال من العبوس . وطلق اليدين بالخير أى كثير العطاء .. وفي الشرع : قول مخصوص أو ما في معناه من شخص مخصوص يرتفع به النكاح أو ينثلم . فقولنا « قول » ليخرج به ارتفاع النكاح بالموت والرضاع ، وقولنا « مخصوص » ليخرج به ارتفاعه باللعان ونحوه من الردة والإسلام وسائر الفسوخ القولية ، وقولنا « أو ما في معناه » ليدخل به الطلاق بالكتابة والإشارة من الآخرس. وقولنا « من شخص مخصوص » هو الزوج أو وكيله . وقولنا « يرتفع به النكاح » وذلك كالتطبيقات الثلاث ، وقولنا « أو ينثلم » لتدخل الواحدة والثنتان .

﴿واعلم﴾ أن الطلاق ﴿إنما يصح﴾ ممن جمع شروطاً ثلاثة ﴿الاول﴾ أن يكون الطلاق واقماً ﴿من زوج﴾ أو وكيله فلا يصح الطلاق من غير الزوج أو وكيله ولا من ولي العبي والمجنون ولا من السيد في طلاق زوجة عبده بالولاية . ومن ذلك أن يطلق الرجل المرأة قبل أن يتزوجها ثم يعقد عليها بعد الطلاق فإنه لا يقع ذلك الطلاق ولو أضافه إلى بعد التزويج بشرط كأن يقول إذا دخلت الدار فانت طالق ثم يتزوجها ثم تدخل الدار فإنه لا يقع إذ هو لا يملك الطلاق وقت تعليقه بالشرط ولو لم يحصل الشرط إلا بعد العقد ، وكذا لو أضاف الطلاق إلى حين الزوجية كأن يقول لأجنبية متى تزوجتك فانت طالق ثم يتزوجها فإنها لا تنطلق بذلك .

﴿ الشرط الثاني ﴾ أن يكون الطلاق من زوج ﴿ مختار ﴾ للطلاق حاله غير مكره عليه فأما إذا كان مكرهاً عليه فلا يقع طلاقه عندنا إلا أن ينويه كما يأتي إن شاء الله تعالى . وليس للحاكم أن يكره الزوج على الطلاق في الإيلاء حيث امتنع من الوطء بل يحبس فقط فإن أكرهه لم يقع إلا حيث التبس الطلاق وأكرهه الحاكم على الخروج منه بطلاق زوجاته أجمع أو بيان من لم يطلق منهن فإنه يقع الطلاق مع الإكراه في هذه الصورة فقط . وحد الإكراه هنا هو الذي تبطل به أحكام العقود والإنشاءات وهو خشية المكره الضرر من المكره عليه القادر على فعله كما يأتي .

﴿ الشرط الثالث ﴾ أن يكون ذلك الطلاق من ﴿ مكلف ﴾ وهو البالغ العاقل فلا يصح من صبي ولو كان مميزاً ولو أذن له وليه في ذلك ، ولا من المجنون والمعتوه ولا من المغمى عليه والغمور بمرض شديد والمبج ومن زال عقله بالحشية أو الأفيون أو نحوهما سواء أكمله لضرورة أم لا فإن طلاق هؤلاء لا يقع ﴿ غالباً ﴾ احترازاً من السكران بالخمر ولو أكره على شربه فإنه يقع طلاقه إذا طلق في حال سكره سواء بقي له تمييز أو زال عقله بالكلية بحيث لا يميز بين السماء والأرض ونحو ذلك من الأمور الضرورية . هذا قول الهادي والمؤيد بالله والنصور بالله وأبي جنيمة والشافعي وهو قول الجمهور من العلماء ، فلو زال عقله بالخمر والبتج ممكناً أو بأحدهما والتبس أو شرب الخمر فمرض له المجنون فلا يقع طلاقه .

والطلاق يكون باللفظ وبغيره . واللفظ ينقسم إلى صريح وكناية ﴿ فالأول ﴾ لا يعتبر فيه إلا أن يكون المطلق قد ﴿ قصد ﴾ إيقاع ﴿ اللفظ في ﴾ الطلاق باللفظ ﴿ الصريح ﴾ بأن ينطق به عالماً بمعناه عاقلاً مختاراً غير نائم ولا ساه وإن لم يقصد معناه فيقع الطلاق بقصد اللفظ مع علمه بأن هذا اللفظ موضوع للطلاق ، ف قوله قصد اللفظ يعني لفظ الطلاق قاصداً إيقاع لفظه فلو لم يلفظ به بل قصد الطلاق بقلبه فقط لم يقع لعدم اللفظ ، ويدخل في ذلك المازل والمأزج فيقع الطلاق منهما

إذا هزلا أو مازحاً بالصريح كما يأتي . والمراد حيث علق ذلك اللفظ بزوجه بأن يحاطبها كأنت طالق أو بذكر اسمها كفاطمة ونحوها ، وأما إذا لم يعلقه بها كأن يقول طلقت فقط فإنه لا يكون صريحاً ويكون كناية يقع مع نية طلاق زوجته ولا يعتبر في لفظ الطلاق أن يجهر به حتى يسمع غيره بل يكفي فيه النطق بالحروف ولو سرا كالقراءة السرية في الصلاة ، ويخرج بقوله « قصد اللفظ » من لم يقصده كالنائم ومن سبقه لسانه إلى ذلك اللفظ نحو أن يكون اسم زوجته طارق فقلب الراء لاما في ندائه فقال يا طالق لم تطلق لعدم قصد اللفظ . وقد أخذ من هذا المثال أنه لا يقبل قوله أنها سبقت لسانه إلا إذا كان المقام يحتمل ذلك بقرينة كهذا المثال لا إذا لا يحتمل فلا يقبل .

﴿ و ﴾ حقيقة الطلاق الصريح ﴿ هو ما لا يحتمل غيره ﴾ بأن يكون لفظ الطلاق مشتملاً على حروف مادته الأصول التي هي الطاء واللام والقاف ممن لا يريد الترخيم فلفظ الصريح لا يحتاج إلى نية ﴿ إنشاء كان ﴾ كأنت طالق أو طلقتك أو عليك الطلاق أو فلانة طالق ولم يقصد الإقرار أو أنت منى طالق أو قد طلقتك غير مرید به الإقرار والمراد بالإشياء مقارنة حصول معنى الطلاق لذلك اللفظ ﴿ أو ﴾ كان ﴿ إقراراً ﴾ كأنت مطلقة من الأمس أو قد طلقتك أو قد طلقت فلانة مریداً به الإقرار بوقوعه في الماضي . وبهذا فارق الإنشاء فيقع الطلاق بالإقرار ظاهراً وباطناً إن كان صادقاً أنه قد طلقها قبل هذا اللفظ ، وإن كان كاذباً وقع به الطلاق في الظاهر فقط لعدم حصول مدلول ما قد أقر به في الماضي ، وكذا إذا قيل له قد طلقت زوجتك فقال نعم ، أو يقال له زوجتك طالق فقال إني والله فإنه إقرار بحصول الطلاق فيقع ظاهراً وباطناً ، وإن قال نعم فصريح لإنشاء . ﴿ أو ﴾ كان الطلاق ﴿ نداء ﴾ نحو يا طالق أو يا مطلقة ولو قال يا طالق بقطع القاف طلقت حملاً على الترخيم إذا كان ممن يعرف العريية ، فإن كان لا يعرف العريية

لم يقع ، فلو نادى يا زينب فأجابته فاطمة فقال أنت طالق وهو يظن أنها المدعوة وقع ظاهراً وباطناً على من دعاها لا على التي أجابته ، إلا أن يشير إلى المجيبة طلقت هي . وإن كان اسم زوجته طالق أو عبده حرّ فقال لها يا طالق أو لعبده يا حرّ فإنه لا يقع الطلاق ولا العتق إلا أن ينويهما وكان ذلك كناية طلاق أو عتاق .

﴿ أو ﴾ أخبر بالطلاق ﴿ خبراً ﴾ نحو أخبرك أنك طالق أو أنت طالق قاصداً إخبارها بذلك بطلاق وقع قبل الإخبار ، إذ المراد بالخبر ما تقدم مدلول لفظه . فهذه كلها صراح في الطلاق لا تقتصر إلى قصد المعنى كما أسلفنا ، ويقع الطلاق بها فوراً عند الإطلاق ، وقد جمعها بعضهم في قوله :-

مطلقةٌ يا طالقُ أنتِ طالقٌ وطلقتها وهي الطلاقُ بلا مراً

نعم ؛ ويقع الطلاق بأي هذه الألفاظ ﴿ ولو ﴾ كان الزوج ﴿ هازلاً ﴾ بذلك أى لم يقصده الطلاق فإنه يقع ، وسواء كان هزله بلفظ الإنشاء أم بلفظ الإقرار . وإنما قلنا بوقوع طلاق الهازل لأن الصريح عندنا لا يقتصر إلى قصد معناه . ﴿ أو ﴾ طلق امرأة أو أشار إليها أو خاطبها بالطلاق وهو ﴿ ظانها غير زوجته ﴾ فأنكشفت زوجته وقع الطلاق عليها ، ولا عبرة بعدم معرفته أنها ليست زوجته إذ الحكم للإشارة كما لو وقف أو وهب أو نذر أو نحو ذلك من التصرفات .

﴿ أو ﴾ طلقها ﴿ بمجمل ﴾ أى بلفظ موضوع للطلاق الصريح في المعجم فإنه يقع إن ﴿ عرفه ﴾ أى عرف معنى ما تكلم به وأنه يراد به الطلاق ، وأما إذا خاطبها وهو غير عارف لمعناه لم يكن طلاقاً ، وهكذا لو تكلم المجمل بالطلاق العربي فإن عرف معناه وقع وإلا لم يقع . ومثال الطلاق المجمل « بهشتم إيزنى » ومعناه أرسلتك عن الأزواج فيكون صريحاً في الطلاق وهكذا لو قال : إيزنى بهشتم ، لأن معناه عن الأزواج أرسلتك ، أما لو اقتصر على بهشتم ولم يضم إليه إيزنى كان كناية يقع إن نوى به الطلاق فلو اقتصر على إيزنى لم يكن صريحاً ولا كناية ، وهذا

في اللغة الفارسية نص عليه في الروض النضير . وهكذا يقال في غيرها من اللغات المعجمية ، ولهذا قال الإمام زيد بن علي عليه السلام الطلاق بكل لسان .

﴿ والقسم الثاني ﴾ مما يقع به الطلاق الكناية ويدخل فيها ما يقع به الطلاق وليس بلفظ كما يأتي . ﴿ و ﴾ إذا كان لفظ الطلاق كناية فلا بد أن يقصد ﴿ اللفظ والمعنى ﴾ معاً ﴿ في ﴾ تلك ﴿ الكناية ﴾ ولا بد أن تكون النية مقارنة لأول اللفظ أو مخالطة لحروفه لامتقدمة أو متأخرة فلا تصح .

﴿ و ﴾ الكناية ﴿ هي ما تحتمله ﴾ يعني الطلاق ﴿ و ﴾ تحتمل ﴿ غيره ﴾ بحيث لو سمعها السامع من أهل لفته تردد هل أريد بها الطلاق أو غيره لأن اللفظ لم يوضع للطلاق خاصة بل يستعمل له ولغيره كالشترک ونحوه في الكناية اللفظية ، لأن الكناية على ضربين : لفظ وغير لفظ « فغير اللفظ » كالكتابة ﴿ بالطلاق سواء كانت بصريحه أم بكنايته كما يأتي ، ولا بد في الكتابة أن يتيق لها أثر يشاهد في الخارج ولا يكون ذلك إلا في الكتابة ﴿ المرتسمة ﴾ كالكتب في القرباس واللوح والحجر ونحوها مما تبقى حروف الكتابة فيه مرتسمة ، ولو كتب بالتراب أو الدقيق أو فيهما فانه يقع به الطلاق مع النية : أما لو كتب على الهواء أو الماء أو الحجر على وجه لا يظهر أثر الكتابة ولا يمكن قراءتها بحال أو كان الحرف يذهب أوله قبل أن يشرع في الثاني فلا يقع الطلاق بذلك ولو نواه .

﴿ و ﴾ كالكتابة ﴿ إشارة الأخرس ﴾ ونحوه ممن لا يمكنه الكلام في الحال ﴿ المفهمة ﴾ للطلاق فلو وقعت ممن يمكنه الكلام أو لم تكن مفهمة للطلاق لم تكن طلاقاً . فهذه صور الكناية بغير اللفظ : « وأما الكناية باللفظ » فهي غير منحصرة بل كل لفظ يحتمل الطلاق فانه يقع به إذا أريد به الطلاق . وقد ذكر الامام عليه السلام من ذلك ما يتوهم أنه صريح وليس كذلك ، وما يتوهم أنه ليس بصريح ولا كناية وهو على المختار كناية ﴿ فالأول ﴾ قوله ﴿ وعلى ﴾ الطلاق وسواء

قال من زوجتي أم لا ﴿ أو يلزمي الطلاق ﴾ فهذان اللفظان كناية طلاق وربما يسبق إلى الفهم أنهما من الصرائح . ومن الكناية : فارقت ، وصرحت ، وأنت خلية ، أو بريئة ، أو بائن ، أو بنة ، أو بئلة ، أو لستى بامرأة ، أو حبلك على غاربك أو أبرأتك من عقد النكاح ، انطالق ، اخرجي ، الزى أهلك ، أو الطريق إلى بلدك ، أو اجمعي ثيابك ، تزوجي غيري ، اختاري لنفسك ، اعتدي - ولو قبل الدخول ، أو قال ابمدي أو نحو ذلك ، وكذا أنت مني حرام أو أنت على كالحرم أو كالميتة ، أو كالأجنبية ، وكذا إذا قال هي على حرام كحرام مكة على اليهود : فكل ذلك كناية طلاق إن قصد به الطلاق كان طلاقاً وإلا فلا شيء .

﴿ وتبني وأنت حرة ﴾ وهذان اللفظان كناية طلاق إلا أنه ربما يتوهم أن يقول القائل تبني بمعنى البسي القناع ، وهذا لا يفيد الطلاق ، وقول القائل : أنت حرة موضوع للمعق فيتوهم أنه لا يقع به الطلاق والمختار أنهما يحتملانه فإذا نواه بهما مما أو بأحدهما وقع ، فلو قال الزوج لسيد الأمة وكلتك تطلقها فقال السيد هي حرة طلقت مع النية في الطلاق وعنتت وكذا لو قال السيد للزوج وكلتك تعنتتها فقال هي حرة ونوى الطلاق كان طلاقاً وعتاقاً .

﴿ وإنا منك حرام ﴾ وكذا بائن ، وعلى الحرام كما يمتاده كثير من العوام فإنه يكون كناية طلاق إن قصد به الطلاق ، وإن لم يقصد به الطلاق فلا شيء ، بل ولو أراد الميمين فإنه لا يكون يميناً لأن كنيات الأيمان محصورة كما يأتي وليس هذا منها فعلى هذا إن كنيات الطلاق كما عرفت غير محصورة في الصورة المذكورة بل كل لفظ يحتمل الطلاق فإنه يقع به إذا نواه . ﴿ لا ﴾ إذا قال الرجل أنا منك ﴿ طالق ﴾ أو أطلق الله رقبته لا يكون طلاقاً صريحاً ولا كناية ولو نواه .

والطلاق ينقسم إلى سني وبدعي ويأثم فاعل البدعي بفعله ، وكل واحد منهما ينقسم إلى رجعي وبائن ، وصريح وكناية ، ومباشر ، ومولى ، ومعين ومبهم ،

ومطلق ومقيد ، وخلع وغير خلع ، ومتعرف جميع ذلك في أثناء الكتاب إن شاء الله تعالى .

﴿ وسنيد ﴾

أى سنى الطلاق في حق ذوات الحيض مآجع شروطاً أربعة : ﴿ الأول ﴾ أن يقع المطلق طلقة ﴿ واحدة فقط ﴾ فلو أوقع ثنتين أو ثلاثاً بلفظ واحد أو بلفظين متتابعين كان بدعياً سواء كانت المرأة مدخولاً بها بخلاوة صحيحة أم فاسدة - أم غير مدخولة ولا مخلو بها، وسواء كانت ذات حيض أم لا فالسنى واحدة فقط . قال في حاشية السحولى : « فلو قال أنت طالق ثلاثاً إلا ثنتين . أو اثنتين إلا واحدة ارتفعت البدعة بالاستثناء وتكون طلقة واحدة »

﴿ الشرط الثانى ﴾ أن يطلقها ﴿ فى طهر ﴾ ويعتبر بأول طهرها وإن لم تغتسل ولا مضى آخر وقت صلاة إذ المراد أن يقع الطلاق وقد طهرت من الحيض والنفاس ولو قبل الفصل .

﴿ الشرط الثالث ﴾ أن ﴿ لا ﴾ يقع ﴿ وطء ^(١) منه ﴾ لهذه التى يطلقها ﴿ فى جميعه ﴾ يعنى فى جميع ذلك الطهر ، وأما إذا وطئها فى هذا الطهر ثم طلقها فيه فهو بدعى وإن لم تملق منه، وسواء كان الوطء فى قبل أم دبر ولو لم يكن ذلك الوطء بالزوجية كوطء الغلط والزنى ، وكذا لو وطئها بالملك ثم أعتقها وتزوجها ، فإذا طلقها فى هذا الطهر الذى قد تقدم فيه الوطء كان ذلك الطلاق بدعياً . ﴿ ولا ﴾ وقع ﴿ طلاق ﴾ لها منه فى جميع ذلك الطهر الذى وقعت فيه الطلقة ، فإن وقع فى ذلك الطهر طلاق غير هذه الطلقة ولو غير واقع كقبيل الرجعة أو العقد صار الكل بدعياً .

﴿ و ﴾ ﴿ الشرط الرابع ﴾ أن ﴿ لا ﴾ يكون قد وقع منه وطء لها ولا طلاق

(١) لامقدماته والاستمتاع فلا يصير بها بدعياً . اهـ

﴿في﴾ نقاسه المتقدم أو ﴿حيضته﴾ أى في حيضة هذا الطهر ﴿المتقدمة﴾ عليه لا المتأخرة ،
فلو كان قد وطئها في الحيضة المتقدمة أو طلقها فيه كانت طلقته في الطهر بدعية . فهذه
شروط الطلاق السني في حق ذات الحيض .

﴿فرع﴾ وإذا اختلف الزوجان هل كانت عند الطلاق طاهرا أم حائضا لوعلق
طلاقها للسنة كان القول لها في حصول الشرط ولذلك فائدة أخرى لو اختلف مذهبهما
هل يقع البدعي أم لا واختلفا هل كانت حائضة في وقت الطلاق أم لا كان القول لمدعى
نفي الحيض إذ الأصل صحة الطلاق بعد التصديق على حصوله .

﴿و﴾ أما الطلاق السني ﴿في حق غير الحائض﴾ وهى الصغيرة والحامل والضمياء
والآيسة والمنقطعة لعارض والمستحاضة الناسية لوقتها وعددها فهو الطلاق ﴿المفردة ط﴾
أى لا يشترط فيه سوى كونه مفرداً ولو طلقها طلقته بلفظ واحد أو بلفظين متتابعين
كان بدعياً . ولو طلقها عقيب وطئها لم يكن بدعياً ولو طلقها ثم راجعها جازله وطؤها
عقيب المراجعة . ﴿ونذب﴾ في حق غير الحائض إذا أراد تطليقها ﴿تقديم الكف﴾
عن جماعها قبل الطلاق ﴿شهرأ﴾ ثم يطلقها وإن طلقها قبل ذلك جاز ولا إثم عليه ،
هذا (١) في الطلقة الأولى لا إذا زاد الثانية أو الثالثة فإنه يجب الكف عن وطئها
شهرأ، وإن وطئها قبل الشهر استأنف الكف شهرأ بعد الوطء وكذا إذا أراد الثالثة
بعد الثانية فلا بد من الفصل بينهما وإلا كان بدعياً .

﴿و﴾ إذا أراد الرجل أن يطلق امرأته ثلاثاً سنياً لم يجز له أن يفعل ذلك في طهر
واحد بل ﴿يفرق﴾ تلك ﴿الثلاث من أرادها﴾ من الأزواج ﴿على الأظهار﴾ فيجعل
في كل طهر طلقة واحدة حتى يكملها إن كانت امرأته ذات حيض ﴿أو﴾ يفرقها على
﴿الشهور﴾ إن لم تكن ذات حيض كالصغيرة ونحوها ممن مر فيدخل في ذلك الحامل
لأن كل شهر في حقها كالطهر ولا يتوهم أن الحمل بمثابة طهر واحد ، وهذا التفريق

(١) يستفاد من البيان اهـ .

يكون ﴿وجوباً﴾ على الزوج ولا إثم، وذلك قبل الطلقة الثانية أو الثالثة لا قبل الأولى فقد مر أنه مندوب فقط، ووجه وجوب التفريق كذلك أن الطلاق ثلاثاً بكلمة واحدة يكون محظوراً فلا بد من فاصل بين كل تطليقتين ولا فاصل إلا الأظهار في حق ذات الحيض أو الشهور في غيرها. ﴿و﴾ حيث يريد تفريقها كذلك فإنه ﴿يخلل الرجعة﴾ بين كل تطليقتين ﴿بلا وطء﴾ بل باللفظ فقط أو نحوه وسواء كانت من ذوات الحيض أو الشهور فيطلقها الأولى ثم يراجعها^(١) ويكف عن جماعها فإذا طهرت الطهر الثاني طلقها الثانية ثم يراجعها ويكف عن جماعها فإذا طهرت الطهر الثالث طلقها فحينئذ تبين منه ويفصل في حق ذات الأشهر بين كل طلقتين بشهر.

﴿ويكفي في نحو أنت طالق ثلاثاً للسنة تخلل الرجعة فقط﴾ عند ما قال الطلاق لا يتبع الطلاق وهو مذهبنا يعني إذا قال لزوجته أنت طالق ثلاثاً للسنة فإنه يكفي أن يراجعها بلسانه في كل طهر للحائض وفي كل شهر مرة من غير جماع^(٢) أو بالوطء من غير الطهر الذي طلقت السنة فيه حتى يستوفي ثلاثاً ولا يحتاج إلى تجديد طلاق بعد الرجعة لأنه في التقدير كأنه قال أنت طالق عند كل طهر بعد الرجعة. وكذا لو قال أنت طالق ثلاثاً للسنة متخللاً الرجعة صح وكأنه قال أنت مراجعة بعد كل طهر طلاق، وأما لو لم يقل للسنة صح الطلاق في الحال ثلاثاً ويكون للبدعة وكأنه في التقدير قال قد راجعتك بعد كل طلاق.

﴿وبدعيه ما خالفه﴾

أي والطلاق البدعي هو ما خالف السني بأن يحتل فيه أحد الشروط التي تقدمت ﴿فياً﴾ مع الممد إن طلق طلاقاً بدعياً لا لو صادف كأنه يطلق مشروطاً فيقع الشرط

(١) وأما في البدعي فتخلل الرجعة كاف فتقع الثلاث في الحال كما يأتي قريباً اهـ

(٢) ويقع الطلاق في أول الطهر بشرط أن لا يطأها في آخره فإن فعل تبين أنه لم يقع لإمتهى صلت. اهـ ويأن.

وهي حائض أو طلقها وهو غائب فأنكشفت حائضاً عند الطلاق فلا يأنم حيث لم يظن البدعة . ﴿ و ﴾ الطلاق البدعي ﴿ يقع ﴾ عندنا وهو قول أكثر العلماء ، ومن طلق برأته بدعة استحجب له أن يراجعها ثم يمسكها حتى تطهر فإن بداله أن يطلقها فليطلقها للسنة قبل أن يمسها كما أمر النبي صلى الله عليه وآله وسلم ابن عمر، ولعل الحكمة باعتبار السنة أنه ربما يزول الباعث لطلاقها بانتظاره فيمسك عنه محاذرة أن يدخل في قوله صلى الله عليه وآله وسلم « أبغض الحلال إلى الله الطلاق » رواه أبو داود وابن ماجه وصححه الحاكم . وفي الشفا عن أمير المؤمنين على رضي الله عنه « لو أصاب الناس معنى الطلاق ما ندم رجل على امرأة » فينبغي لكل مسلم التأني في الطلاق والتحرى على إصابة السنة لئلا يأنم ويندم إذا خالف السنة بالمجلة وعدم التثبت وهذا من نظام الإسلام المبني على الحكمة والرحمة والإتقان .

﴿ ونفى أحد النقيضين إثبات للآخر وإن نفاه كلا لسنة ولا لبدعة ﴾ فيقع للبدعة أي لو قال لامرأته أنت طالق لا لسنة ولا لبدعة طلقت للبدعة لأن قوله لا لسنة بمنزلة أنت طالق للبدعة ، ولو نفاه من بعد قوله ولا لبدعة فلا تأثير لنفيه لأنه بمنزلة استثناء الكل فبطل وبقى الكلام الأول فكأنه قال أنت طالق لا للسنة وسكت فملى هذا لو قال ذلك وهي في طهر لم يطأها فيه لم تطلق حتى تحيض أو يطأها . وهكذا لو قال أنت طالق لا ليلاً ولا نهاراً طلقت النهار حيث كان ليلاً وإلا طلقت في الحال أو قال أنت طالق لا في البيت ولا في السوق أو لا في الأرض ولا في السماء أو أنت طالق في البيت طلقت حالاً لأنه ظرف مكان ووجه الفرق بين ظرفي المكان والزمان أن الطلاق ليس له ظرف مكان لأنه عرض فلذلك لم يكن لتعليقه بظرف المكان تأثير بخلاف الزمان فإنه لا بد للطلاق من زمان يقع فيه فلما افتقر إليه صح تعليقه به . وكذا لو قال أنت طالق لا قائمة ولا قاعدة طلقت إذا قعدت أو ركعت أو سجدت والعكس في العكس . فإن قال أنت طالق لا ميتة ولا حية طلقت في الحال والعكس لا يقع .

﴿مسئلة﴾ فإن قال أنت طالق أحسن الطلاق أو أفضله كان كقوله للسنة فتطلق في الحال إن كانت تصلح لطلاق السنة وإلا فتي صلحت . وإن قال أقبح أو أخسر أو أنتن كان كقوله للبدعة فتطلق في الحال إن كانت تصلح لذلك وإلا فتي صلحت . فإن خير بين وصفين متضادين كأن يقول : أنت طالق طلبة حسنة أو قبيحة أو سنية أو بدعية لفي الوصف ووقع في الحال بصفة ما هي عليه حيث لانية له وإلا فله نيته لأنه لم يشترط ولا وقت وإنما خير بين وصفين فقط ، وإلا يخير كأن يقول طلبة حسنة قبيحة اعتبر بالوصف الاول وبلغوا الثاني بخلاف ما إذا قال أنت طالق أحسن الطلاق فهذا في حكم المشر وط لأنه معروف فكأنه قال أوقعت عليك الطلاق الحسن فلا يقع إلا الحسن .

﴿مسئلة﴾ إذا قال أنت طالق أو لاوأنت طالق واحدة أو لا فإنه لا يقع إلا أن يشدد الواو فيقول أولا فهو إقرار بالطلاق فيقع .

﴿مسئلة﴾ وإذا قال أنت طالق طلاقا لا يقع عليك أو غير واقع عليك فإنه يقع لأنه بمقام من قال أنت طالق غير طالق، وهذا الطلاق واقع لأنه استثنى الطلاق بعد وقوعه وهو لا يصح .

﴿ورجعيد﴾

يعنى الرجعى من الطلاق هو ﴿ما كان﴾ جامعا لشر وط ثلاثة ﴿الاول﴾ أن يقع ﴿بعد وطء﴾ للمرأة وأقله ما يوجب الفسل في الثيب وإذهاب البكارة في البكر مع صلاحهما، وسواء كان الوطء في قبل أم دبر، وهذه أحد الأحكام العشرة الثابتة للدخول التي صرت بأول فصل ١٤٦ في النكاح ، فلو طلق الزوج امرأته قبل أن يطأها كان الطلاق بائنا ولو قد كان خلى بها واستمتع منها . ﴿الثاني﴾ أن يقع الطلاق

﴿على غير عوض مال﴾ أو مافى حكمه كالفنعة التي يصح عقد الإجارة عليها بأن يكون لثلثها أجرة. وكان ذلك الموض مظهراً لا مضمراً، فلو طلقها بذلك كان الطلاق بائناً إن جمع الشروط التي في الخلع الآتية في أول فصل ١٧١، وإن كان الموض غير مال أو مافى حكمه نحو على أن تدخل الدار وليس لثلثه أجرة فرجى . ﴿و﴾ الشرط الثالث ﴿أن يكون ذلك الطلاق﴾ ليس ثالثاً ﴿فإن كانت الثالثة فهي بائن إن تخلت الرجعة بين كل طلقتين وسواء كان على عوض أم لا، فهما يكن الطلاق بعد الوطاء ولم يكن خلعاً ولا ثالثاً فهو طلاق رجعى لا يرفع عقد النكاح وإنما ينقص عدد الطلقات التي يترتب عليه نقصان الحل على الوجه الذي عرفته فلذا يحل للمطلق رجعيّاً أن يوطأ زوجته المطلقة ما دامت في المدة ويعتبر وطؤها رجعة .

﴿مسئلة﴾^(١) من طلق زوجته رجعيّاً وولدت منه ثم التبس هل ولدت قبل الطلاق فعدتها باقية أم بعمده فقد انقضت به فإن حصل للزوج ظن عمل به وإلا يحصل له ظن فالأصل بقاء النكاح . وهذا فيما يخص نفسه من تحريم الوطاء ونحوه من العمل بالظن في ذلك لا فيما يرجع إليها من الحقوق فلا يعمل بما حصل له من الظن . وأما حكم الزوجة فإنها لا تعمل بظنها بل يلزمها المدة بعد الولادة لأنها لازمة لها بيقين فلا تخرج عنها إلا بيقين ولعلها إذا ظنت تقدم الطلاق على الولادة حرم عليها طلب النفقة لأنها تعمل بالظن فيما هو لها كما يأتي .

﴿وبائنه ما خالفه﴾

أى ما خالف الرجعى بأن يكون قبل الوطاء أو خلعاً أو هي المطلقة الثالثة ، ﴿ومطلقة﴾ وهو الذى لم يقيد بأمر ﴿يقع في الحال﴾ بصفة ما هى عليه من طهر أو حيض إذا كان

(١) من البيان وهامشه اهـ .

من يصح طلاقه ﴿ومشروطه﴾ وهو بالنية مع المصادقة ﴿يترتب﴾^(١) وقوعه ﴿على﴾ حصول ﴿الشرط﴾ فلا يقع الطلاق حتى يحصل الشرط فيقع عقيب حصوله لآحاله ولو لم يحصل الشرط إلا بعد زوال عقل الزوج. ويعتبر في ترتيب حصول الطلاق على الشرط أن يكون الشرط متصلاً بلفظ الطلاق كالاستثناء تقدم الشرط أو تأخر كأن يقول إن دخلت الدار فأنت طالق أو يقول أنت طالق إن دخلت الدار طلقت متى دخلت الدار ، فإن لم تدخل الدار لم تطلق . وهكذا لو قال إذا جاء غد فأنت طالق لم تطلق حتى يجيء غد فتطلق بأوله، فلو قالت إن طلقني فهو برىء وقال إن أبرأني فهي طالق لم يقع شيء لعدم حصول شرطه، وهكذا كل مشروط بوقت أو غيره فإنه لا يقع الطلاق حتى يقع الشرط سواء كان ذلك الشرط ﴿نفيًا﴾ نحن متى لم تدخل الدار فأنت طالق أ ﴿وإثباتًا﴾ نحو إن دخلت الدار فأنت طالق فإن الطلاق لا يقع حتى يقع النفي أو الإثبات . فإن لم تدخل الدار بعد اللفظ بالطلاق في صورة النفي طلقت وإن دخلت لم تطلق والمكس في الإثبات، وكذا لو علقه بغيرها نحو متى لم يدخل زيد الدار أو إن دخل فلحكم واحد ﴿ولو﴾ كان ذلك الشرط ﴿مستحيلًا﴾ كطلوع السماء ذات البروج فإن الطلاق إذا علق به ترتب عليه نحو أن يقول إن طلعت السماء فأنت طالق فإنها لا تطلق حتى يقع الشرط وهو طلوع السماء وهو مستحيل منها، وهكذا إن شاء الجدار أو تكلم الحمار أو نحو ذلك فإن وقوع الطلاق يترتب على وقوعه، فعلى هذا لا يقع شيء حيث الشرط مستحيل ، أما إذا علقه بمعلوم الحصول كطلوع الشمس فإن علقه بالنفي نحو إن لم تطلع الشمس أو نحو فأنت طالق فلا يقع وإن علقه بالإثبات نحو إن طلعت الشمس لم يقع إلا بحصول الشرط فإن علقه بممكن ومستحيل فلا يقع شيء .

(١) فاما بالماضي فلا يقع نحو أن يقول إن جاء زيد أو مات عمرو فأنت طالق وقد كان جاء زيد أو مات عمرو، لأنه يشبه أنت طالق أمس وأمس لا يقع لعدم صحة تعلق الطلاق بالماضي .

﴿ فرع ﴾ ولا يصح الرجوع عن الشرط ولو قبل حصوله كالطلاق ، فلو قال قد حلت الشروط من الطلاق لم ينحل بل يتوقف على حصول شرطه كالتأجيل .

﴿ أو مشيئة الله ﴾ بمعنى أن الطلاق المشروط يترتب على وقوع الشرط ولو كان الشرط مشيئة الله تعالى نحو أن يقول أنت طالق إن شاء الله تعالى فإنها لا تطلق إلا أن يشاء الله طلاقها وذلك حيث لا يكون الزوج ممسكاً لها بالمعرف ، ويعتبر ما يريده الله من الطلاق وعدمه بمجلسهما أو بمجلس الزوج حيث هما مفترقان ، فلو كان محسناً إليها حال اللفظ ثم أساء إليها في المجلس بعد الطلاق وقع كما لو قال إن شاء زيد فشاء في المجلس ، فإن التمس ما أَرَادَهُ الله تعالى فالأصل عدم الطلاق أما لو كانت حال اللفظ زانية أو في حال الحيض فهنا يتعارض الواجب وهو الطلاق لكونها زانية والمحذور وهو الطلاق حال الحيض فلا يقع .

﴿ و ﴾ الشرط ﴿ آتاهُ : إن ، وإذا ، ومتى ، وكما ، ﴾ هذه أمهات آلات الشرط وهي كثيرة نحو « مهبا » وهي نظيرة كلما في الشرط لا في التكرار ، و « إذا » وهي نظيرة إذا . و « متى ما » وهي نظيرة متى واشباه ذلك . ﴿ و ﴾ لاشيء من هذه الألفاظ ﴿ يقتضى التكرار ﴾ ولو نواه فلو قال لامرأته إن أو إذا دخلت الدار فأنت طالق فدخلت طلقت فإن راجعها ثم دخلت الدار مرة أخرى لم تطلق ولو نوى التكرار ﴿ إلا كلما ﴾ فإنها تقتضى التكرار نفياً وإثباتاً نحو كلما لم تدخل الدار فأنت طالق فإذا لم تدخل الدار عقيب النطق في النفي طلقت ، ثم كذلك بعد كل رجعة . والإثبات نحو كلما دخلت الدار فأنت طالق فإذا دخلت المرأة الأولى طلقت فإن راجعها ثم دخلت مرة أخرى طلقت وكذا لو راجعها ثم دخلت ثالثة طلقت الثالثة وبانت . وهذا حيث كان المعلق بكلاما يعرف أنها تقتضى التكرار سواء كان في الإثبات أم في النفي والالم يقع لإمرة واحدة فقط كالطلاق المجمى ، فإن نوى بكلاماً مرة واحدة صح إن صادفته الزوجة وإلا فالظاهر التكرار .

﴿ فرع ﴾ فإن قال كلما خرجت من الدار بغير إذني فأنت طالق فذلك يقتضى التكرار أيضاً فتطلق كلما خرجت بغير إذنه ، وحسن المخرج من ذلك أن يقول كلما أردت الخروج فقد أذنت لك . وقال في حاشية السحولى من قوله فى الأزهار « ويدخله الدور » « فلو قال لزوجته كلما فعلت كذا فأنت طالق وكان الأمر المذكور بما لا بد لها من فعله فالخيلة فى رفعه أن يأتى بالدور القبلى فيقول أنت طالق قبيل أن يقع عليك الطلاق المشروط . فيمتنع المشروط ولا يمتنع الناجز وإذا أراد منهما معا قال أنت طالق قبيل أن يقع عليك طلاقا ناجزاً أو مشروطاً » ويكون هذا من صور الدور الآتية فى أثناء فصل (١٦٨)

قال ﴿ المؤيد ﴾ بالله ﴿ ومتى ﴾ تقتضى التكرار أيضاً كما تقتضيه كلما ﴿ غالباً ﴾ على أصله يحتز من صورة التملك متى نحو أن يقول الزوج لزوجته طلق نفسك متى شئت فإذا طلقت نفسها مرة لم يكن لها أن تطلق نفسها مرة أخرى ، وكذا لو قال لغيره طلقها متى شئت فهو عليك أيضاً ولا يقتضى التكرار للفعل فلا يطلق ذلك المملك إلا واحدة فقط ، ولو كان ذلك بلفظ التوكيل حيث علق بمشيئة الوكيل فهو تملك وتمليك لا يفيد إلا المجلس فقط . والمختار أن متى لا تفيد التكرار وإنما هى ظرف زمان بمنزلة حين وهذا هو الذى تقتضيه أصول علم العربية « وإنما يقتضى التكرار إذا كان توكيلاً بلفظ شئت التى تقتضى التوكيل والتوكيل يقتضى التكرار لا بلفظ شئت التى تقتضى التملك ولو بلفظ التوكيل ، فإذا قال طلقها أو زوجها متى شئت اقتضى التوكيل وتكرر الفعل « وضابطه » متى أسند فعل الشرط بلفظ المشيئة إلى المملك فهو تملك ومتى أسند إلى غيره فهو توكيل .

﴿ ولا ﴾ شئ من آلات الشرط يقتضى ﴿ الفور ﴾ بل هى على التراخى فإذا قال متى دخلت الدار فأنت طالق طلقت متى دخلت ولو تراخت زمانا طويلا ، وهكذا إن دخلت ، وإذا دخلت ، وكلما دخلت ، كلما للتراخى ﴿ إلا إن ﴾ الشرطية إذا دخلت

﴿ في التملك ﴾ فإنها تقتضى الفور^(١). وصورته أن يقول طالق نفسك إن شئت فإنها إذا لم تطلق نفسها في المجلس لم يكن لها أن تطلق من بعد ، وكذا لو قال أنت طالق إن شئت فإنه يعتبر مشيتها في المجلس إن كانت حاضرة أو مجلس بلوغ علمها إن كانت غائبة . فأما إذا قال طالق نفسك إذا شئت أو متى شئت كان لها أن تطلق نفسها في المجلس أو بعده .

﴿ وغير إن وإذا مع لم ﴾ كمها ومتى وكما ونحوها إذا دخلت عليها لم اقتضت الفور فإذا قال متى لم تدخل الدار فأنت طالق طلقت على الفور ، ومعنى الفور هنا إذا لم تنهض لدخول الدار في الحال ومضى وقت يسع الدخول ونحوه مما علق الطلاق بعده ولم تدخل طلقت . وهكذا لو قال كلما لم تدخل الدار فأنت طالق بخلاف إن لم وإذا لم ، فإذا قال إن لم تدخل أو إذا لم تدخل الدار فأنت طالق فإنها للتراخي فلا تطلق إلا متى عجزت عن دخول الدار وذلك بالموت يعنى موت أحدهما أو هدم الدار ونحوه وبذلك يتبين وقوع الطلاق من حين تعليق الشرط ولو طالت المدة ولو من حين تعذر الفعل لأن وقت المعجز عن ذلك الفعل بالموت ونحوه ينقطع وقت الطلاق إلى وقت الإيقاع ولكن الموت ونحوه كاشف، فعلى هذا إذا كان الطلاق بائنا فلا موارنة بينهما ولا يجب الإلمهر واحد ولو تكرر الوطء .

﴿ والحاصل ﴾ في حروف الشرط إن كان للمطلق نية عمل بها من فور وتراخ ظاهر أو باطنا إن صادقت زوجته، وإلا كان باطنا فقط، وإن لم يكن له نية فهي في الإثبات للتراخي إلا « إن » في التملك ومع النفي بـ « كلما » ، ومتى لم ، ونحوها للفور وإن لم ، وإذا لم ، للتراخي .

﴿ ومتى تعدد ﴾ معلق الطلاق به شرطا وكان تعدده ﴿ لا بمطف ﴾ لأحدهما على الآخر وصورة ذلك أن يقول لزوجته : أنت طالق إن أكلت إن شربت إن

(١) ما لم يوقت فإن وقت اعتبر انقضاء الوقت اهـ .

إن ركبت^(١) فتى تعدد على هذه الصورة ﴿فالحكم للأول﴾ أى تطلق بمحصل الشرط الملفوظ به أولاً ﴿وإن تأخر وقوعه﴾ عن سائر الشروط الملفوظ بها بعده هذا ﴿إن تقدم الجزاء﴾ نحو أن يقول أنت طالق إن أكلت إن شربت إن ركبت فإنها تطلق بالشرط الملفوظ به أولاً وهو الأكل ولا تطلق إن شربت أو ركبت ﴿فإن تأخر﴾ الجزاء نحو إن أكلت إن شربت إن ركبت فأنت طالق ﴿أو عطف المتعدد بأو﴾ سواء تقدم الجزاء أم تأخر نحو إن أكلت أو شربت أو ركبت فأنت طالق . ﴿أو﴾ عطف ﴿بالواو مع إن﴾ نحو إن أكلت وإن شربت وإن ركبت وسواء تقدم الجزاء أم تأخر؛ فتى كان التعدد على أى هذه الصور ﴿فلواحد﴾ أى فالحكم لواحد من أى هذه التعددة، فتى فعلت واحداً من أى هذه الشروط طلقت سواء كان ذلك الشرط متقدماً فى اللفظ أم متأخراً ﴿وينحل﴾ به الشرط فيبطل التعليق بغيره ، ولو شربت وقع الطلاق ونحل الشرط بماعدها فإذا أكلت أو ركبت بعد لم تطلق ، وسواء انحل الشرط بما فعلت وهى زوجة فتطلق أم لم يحصل إلا وهى مطلقة أو مفسوخة فإنه ينحل أيضاً . هذا ما لم يتعدد الجزاء لكل واحد فإنه لا ينحل ويتكرر وقوع الطلاق بتكرر فعل ذلك المعلق به نحو أنت يقول إن أكلت فأنت طالق إن شربت فأنت طالق فتى أكلت طلقت ولا ينحل ومتى شربت طلقت أيضاً إن كانت مراجعة ﴿و﴾ أما إذا عطف التعدد ﴿بالواو﴾ فقط من دون إن كان الحكم ﴿للمجموع﴾ فلا تطلق إلا بفعل مجموع ذلك المتعدد نحو أن يقول : إن أكلت وشربت وركبت فأنت طالق فلا تطلق إلا بفعل الثلاثة لا بواحد منها ، وسواء فعلتها مرتبة فى الفعل

(١) فلو قال أنت طالق إن كلفت زيداً إذا دخلت الدار أو متى أو نحو ذلك لم تطلق إلا بتكليمه بعد دخولها، وكذا إن كلفت زيداً إذا دخلت الدار إذا جاء شهر رمضان، ذكر معناه الصغرى . قال فى البيان لا تطلق إلا إذا كلفت زيداً فى ذلك الظرف وهو الدار وشهر رمضان اهـ .

كاللفظ أم خالفت فلا يعتبر الترتيب هنا، وسواء تقدم الجزء أم تأخر، فلو عطف بالفاء (١) اعتبر الترتيب والتعقيب، فلو جاء بهم مكان الفاء طلقت بأن نأكل ثم نشرب بعد تراخ (٢) ثم تركب بعد الشرب بترأخ، فلو لم ترتب أو رتبت من دون تراخ لم تطلق لأن ثم للترتيب بمهمة، فلو كان العطف ييل سواء كان مع إن نحو أنت طالق إن أكلت بل إن شربت بل إن ركبت أم بدونها نحو أنت طالق إن أكلت بل شربت بل ركبت فإنها تطلق بأى واحد فعلت، ولا حكم لإضرابه عن الأول إذا كان الجزء متقدماً على الشرط كما مثلنا وإلا فالحكم للآخر لصحة الإضراب عن الشرط الأول قبل التمام، أما لو قال أنت طالق إن دخلت الدار لكن إن كلمت زيداً فلا تطلق إلا بمجموعهما، فلو قال أنت طالق لو دخلت الدار فلا تطلق إن لم تكن قد دخلت قبل ذلك الوقت لأنه بمعنى إن كنت قد دخلت الدار فأنت طالق، فإن أراد لومها على تركها للدخول طلقت ناجزاً دخلت أم لا لأن الملل كالطلق.

﴿فصل﴾

﴿١٦٧﴾

﴿ويصح التعليق بالنكاح والطلاق﴾ أى ويصح أن يجعل النكاح والطلاق شرطاً فى الطلاق ﴿نفياً وإثباتاً﴾ أى إن شئت جعلت نفياً هو الشرط وإن شئت حملته الإثبات، وسواء كان النكاح والطلاق اللذين جعلتهما شرطاً موجبا للطلاق ﴿لواحدة أو أكثر﴾ أى سواء كان الشرط نكاح واحدة أم نكاح أكثر أو طلاق واحدة أو طلاق أكثر، مثال التعليق بنكاح واحدة أن يقول: إن تزوجت فأنت طالق أو إن تزوجت فلانة أو إن تزوجتك فإنها تطلق متى تزوج واحدة أو فلانة أو تزوجها

(١) أما لو عطف بلا نحو أنت طالق إن كلمت زيداً ولا عمراً ولا خالداً فإنها تطلق بواحد وتحل اه .. (٢) وحد التراخى بمضى ما يتسع للفعل ولم تفعل، وحد الفور أن لا يمضى وقت يمكن فيه الفعل إلا وقد فعلت اه صغبرى .

بمد أن طلقها بائناً حيث كان خلعاً أو قبل الدخول أو رجماً وانقضت العدة ، لا إن كان بمد ثلاث وقد تزوجت غيره فالزواج الثاني يهدم الشرط كما يأتي ، ومثال التعليق بأكثر أن يقول إن تزوجت نساء فأنت طالق فلا تطلق إلا إذا تزوج ثلاثاً لا دون الثلاث فلا إلا أن تكون له نيّة وصادقته طلقت ولو بواحدة لأنه اسم جمع لا مفرد له من جنسه ، أو يقول إن تزوجت فلانة وفلانة فأنت طالق فتطلق إن تزوجهما ، أو يقول لزوجتي إن تزوجتكما فلانة منكما طالق أو فأنتما طالقان فتطلق إحداها أو كلاهما بالزواج لهما كما تقدم . ومثال التعليق بطلاق واحدة أن يقول إن طلقت فلانة فأنت يا فلانة طالق . ومثال التعليق بأكثر أن يقول إن طلقت فلانة وفلانة فأنت يا فلانة طالق .. أما إذا قال إن طلقت فلانة وليست له زوجة فأنت طالق ثم تزوج الأجنبية ثم طلقها فالمذهب أن زوجته تطلق في مثل هذه الصورة لأنه تعليق طلاق لزوجته عند التعليق ، بخلاف تعليق طلاق الأجنبية بنكاحها أو بغيره فلا يصح لأنها ليست بزوجة عند التعليق لأن من صح منه الإنشاء صح منه التعليق ، ولأن الأحكام تتعلق بالأسباب وقد وجد السبب هنا فهذا هو الفرق .. هذه صور التعليق بالنكاح والطلاق على جهة الإثبات .. وأما تعليقه بهما على جهة النفي : فمثال التعليق للطلاق بنفي النكاح أن يقول : إن لم أتزوج أو إن لم أتزوجك فأنت طالق أو إن لم أتزوج فلانة وفلانة فأنت طالق فإنها تطلق بالموت إذا لم يفعل الشرط^(١) في جميع هذه الصور .

ومثال التعليق بنفي الطلاق أن يقول إن لم أطلق فلانة فأنت طالق أو إن لم أطلق فلانة وفلانة فأنت طالق فإنها تطلق إن لم يفعل الشرط قبل موتهما أو إحداها ، فإن طلقها وتزوجها قبل الموت لم تطلق .

﴿ و ﴾ يصح تعليق الطلاق ﴿ بالوطء ﴾ نحو أن يقول إن وطئتك فأنت طالق

(١) أو بما يعلم تمرره كزواجه أمها وحصل الدخول أو اللبس أو نحوه أو يلاعنها اهـ .

﴿ فيقع ﴾ الطلاق ﴿ بالتقاء الختانين ﴾ مع توارى الحشفة ويكون الطلاق بدعيًا ولا إثم عليه ﴿ و ﴾ إذا طلقت بتوارى الحشفة فسكن مع التلذذ أو زاد في الإيلاج ولو قل حصل به ﴿ التتمة ﴾ للوطء أم لا فإنه ﴿ رجعة في ﴾ الطلاق ﴿ الرجعى ﴾ إذ الوطء رجعة لا إن سكن من دون تلذذ لم يكن السكون رجعة ، وسواء كانت هذه قد دخل بها من قبل أم لا لأنها حين التقى الختانان صارت مدخولة ثم طلقت ، فبين الدخول والطلاق ترتب ذهني وهو ما لا يدرك في الخارج حساً بل في الذهن وغند العقل فقط كترتب الملول على علته لا حسي وهو عكسه أى ما يدرك خارجاً بإحدى الحواس الظاهرة ، فإن كان الطلاق بائناً ثم أتم الإيلاج علماً أو جاهلاً فلا مهر عليه ولا حد لشبهة جواز أوله ، ولا يلحق النسب إلا مع الجهل بتحريم الزيادة .

﴿ و ﴾ يصح تعليق الطلاق ﴿ بالجلب ﴾ أى لو قال لزوجته متى حببت فأنت طالق صح ذلك ﴿ قيل فيكف ﴾ عن وطئها ﴿ بعد ﴾ هذا التعليق إذا كان قد وطئها من قبل أو بعد التعليق وقد وقع ﴿ الإنزال ﴾ للمنى في رحمها فلا يجوز أن يطأها بفسد الإنزال ﴿ حتى تبين ﴾ الزوجة الملق طلاقها على ذلك إما حامل فقد طلقت أو غير حامل فيجوز الوطء بعده وهى تبين بحیضة بعد ذلك الإنزال فَيَتَبَيَّن عدم الحمل من الوطء الأول ، وإن كانت ضهياء كف بعد الإنزال أربع سنين كاملات ثم إذا وطئ كف كذلك إذ الوجه لوجوب الكف بتحريم الوطء ، والمختار للمذهب في هذه المسئلة وهى وجوب الكف بفسد الإنزال حيث كان الطلاق بائناً أو مضرباً عن المراجعة محمولة على أنه حصل ظن بالملوق بأن تكون عاداتها الملوق عقيب الوطء فإن لم يكف وأنت بولده لستة أشهر من الوطء الثانى ولأربع سنين من الوطء الأول فإنه يلحق بالوطء الثانى لأنه أجدى ، فأما لو كانت لا تعلق عقيب الوطء فى المادة أو التبس الحال جاز الوطء لأن الأصل عدم الملوق وبقاء النكاح وجواز الوطء . وقد أشير إلى ضعف إطلاق المسئلة بقوله قيل . . فأما لو أراد بقوله : متى حببت فأنت طالق العلم بمحببتها لم تطلق

حق يعلم حبيلها علما شرعيا وهو الظن القوي وذلك بتحريك الولد ، وأما كبر البطن والعيافة فلا يفيدان إلا الظن فإن كان قويا فهو العلم الشرعي كما تقدم . ﴿ و ﴾ يصح تعليق الطلاق ﴿ بالولادة ﴾ نحو إن ولدت فأنت طالق ﴿ فيقع ﴾ طلاقها ﴿ بوضع ﴾ ما في بطنها بصفة ﴿ متخلق ﴾ أى قد تبين فيه أثر الخلقة ولو غير خلقة آدمى ، لا يخرج المشيمة ولا يخرج يد أو نحوها أو يخرج غير متخلق كالضفة والمعلقة . ولا يخرج من غير الفرج بمالحة حكيم يشق بطنها لأنه ليس بولادة فلا تطلق . فلو كانت في بطنها تؤمان طلقت في هذه الصورة بالأول لأنها ولادة . وأما انقضاء العدة فلا تنقضي إلا بوضع الآخر إن أتت به لدون ستة أشهر من حين وضع الأول لأنه حمل واحد كما يأتي في بيان العدة فصل ١٧٦ .

﴿ لا ﴾ إذا كان الشرط ﴿ وضع الحمل ﴾ نحو أن يقول إن وضعت حملك فأنت طالق ، ﴿ فبمجموعه ﴾ يقع الطلاق لا يخرج الأول من التوأمين ولا يعتبر خروج المشيمة فيقع الطلاق ولو كانت باقية أو كان الحمل غير متخلق . وهكذا لو قال إن وضعت ما في بطنك لم تطلق إلا بوضع الجميع ، فأما لو مات قبل وضع الحمل وضعا تاما لم تطلق وكذا لو مات الزوج .

﴿ فرع ﴾ قال في البیان وإذا قال كملنا ولدت فأنت طالق ثم ولدت ثلاثة في بطن واحد فإن خرجوا دفعة واحدة طلقت واحدة وإن خرجوا مترتين طلقت بالأول واحدة والثاني واحدة إن راجعها قبله وبالثالث واحدة إن راجعها قبله وإن لم تراجع انقضت عدتها بالآخر من الثلاثة أو بالثاني من الاثنين حيث لا ثالث .

﴿ مسألة ﴾ قال في البيان والبستان : وإذا قال لامرأته إذا كان الذي في بطنك غلام فأنت طالق وإن كان جارية فلا ، ثم ولدت غلاما وجارية فحيث لا نية له في اللفظين معاً تطلق باللفظ الأول ، وحيث له نية فيهما معاً فإن نوى التأكيذ طلقت باللفظ الأول أيضاً ، وصورته أن يقول : إن كان في بطنك غلام فأنت طالق ونوى ولو كان

معه جارية، ثم قال وإن كانت جارية فلست بطلاق ونوى ولو كان معها غلام، وإن نوى باللفظين الاستثناء طلقت باللفظ الثاني. وصورته أن يقول: إن كان في بطنك غلام فأنت طالق ونوى ألا يكون معه جارية، ثم قال وإن كانت جارية فلست بطلاق ونوى ألا يكون معها غلام، وإن نوى في اللفظ الأول التأكيدي وفي الثاني الاستثناء طلقت بهما معاً لأن الجملتين موجبتان للطلاق، وصورته إن كان في بطنك غلام فأنت طالق ونوى ولو كان معه جارية، وإن كانت جارية فلست بطلاق ونوى أن لا يكون معها غلام، وإن نوى عكس هذه الصورة فنوى في الأول الاستثناء وفي الثاني التأكيدي لم تطلق وصورته على عكس ما مثلنا للصورة التي قبل هذه الصورة. وهذه إحدى صورتين اللتين لا تطلق فيهما. وحيث لا نية في اللفظ الأول ونوى في الثاني فإنه نوى فيه التأكيدي طلقت بالأول لحصول الشرط، والثاني إنما هو تأكيد له، وإن نوى فيه الاستثناء طلقت بهما معاً، وحيث لا نية له في اللفظ الثاني ونوى في الأول فإن نوى فيه التأكيدي طلقت به وإن نوى فيه الاستثناء لم تطلق؛ فصار للمسألة تسع صور: تطلق في سبع صور منها، وفي صورتين لا تطلق وهما حيث قيد اللفظ الأول بالاستثناء وأطلق اللفظ الثاني كالصورة التاسعة، أو قيده بالتأكيدي كالصورة الخامسة. وإنما يقبل قوله أنه نوى غلاماً وحده حيث جاء باللفظ الثاني، وأما حيث لم يأت به فلا يقبل قوله في الظاهر إلا أن تصادفه الزوجة.

﴿فرعان^(١): الأول﴾ إن قال إن كان في بطنك غلام فأنت طالق واحدة وإن كانت جارية فأنت طالق اثنتين ثم ولدتهما معاً طلقت ثلاثاً على قول أهل الثلاث لا عندنا فواحدة، وكذا لو قال إن كان في هذا الطرف حنطة فامرأته طالق وإن كان فيه شعير فبعده حر فوجد فيه حنطة وشعيراً وقع الطلاق والعق، هذا إن لم يحجر عرف بخلافه إذ هو يسمى في عرفنا غليلاً. ﴿الثاني﴾ مثاله كالأول في الصورتين إلا أنه

(١) الفرعان ملخصان من البيان اهـ.

قال إن كان ما في بطنك إن كان ما في الظرف لم يقع شيء من الطلاق والعتق لأن لفظة ما هنا بمعنى الذي وهي تقتضي الكل لأنها من صيغ العموم؛ وبهذا يظهر لك أن بين الفرعين فرقاً من غير تكرار ولا مناقضة .

﴿ و ﴾ يصح تعليق الطلاق ﴿ بالحيض ﴾ نحو ان حضت فأنت طالق ﴿ فيقع ﴾ الطلاق ﴿ برؤية ﴾ أول ﴿ الدم إن تم ﴾ ذلك الدم ﴿ حيضاً ﴾ بأن يكون في وقت إمكانه ويكون ثلاثاً فصاعداً إلى عشر . والمبرة بمذهب الزوجة في الاعتداد بأنه حيض وفي قدره، فإن جاوز الدم العشر فحيث يكون كله استحاضة لا تطلق كما لو أتى في غير وقت إمكانه أو انقطع في دون الثلاث ولم يماودها في العشر وحيث يكون أوله حيضاً وجاوز العشر فالعشر حيض وما جاوزها استحاضة، وتطلق بمدة الحيض في أول مدة المجاوزة للعشر، فلي هذا لو كانت ناسية لوقتها وعددها أو الوقت فقط لم يقع شيء من الطلاق عليها لعدم الحكم بذلك الدم أنه حيض . وأما الزوج فلا يجوز له رؤيتها من حين ترى الدم إن ظن أنه حيض سواء كان الطلاق بائناً أم رجعيًا وهو مضرب عن المراجعة لها وإلا جاز مطلقاً سواء تم حيضاً أم لا .

نعم ؛ ومتى علق طلاقها بالحيض وهي حائض لم تطلق إلا بحيضة أخرى غير ما هي فيها لاقتضاء الشرط الاستقبال ويكون بدعيًا . أما لو قال أنت طالق في الحيض وهي حائض طلقت في الحال . فإن قال إن حضت حيضة فأنت طالق لم يقع الطلاق إلا حين تطهر من حيضها ويكون سنيًا لأنه في طهر .

﴿ فرع ﴾ ^(١) فإن قال لزوجتي إن حضت فأنت طالق ثم ادعى الحيض في مدة ممكنة فإن صادقهما طلقنا وإن كذبهما لم تطلقا إلا بشهادة عدلة على كل واحدة منهما، فلو بينت إحداها فقط أو صادقها الزوج لم تطلق أيهما إلا أن تبين الأخرى بمدة أو يصادقها الزوج طلقا مما لأن شرط طلاق كل منهما حيضهما معًا .

(١) عن البيان باختصار . اهـ

﴿مسئلة﴾ قال في البيان : وإذا قال لزوجته إن خالفت نهى فانت طالق ثم أمرها بشيء مخالفته لم تطلق وذلك لأنها خالفت الأمر دون النهى ، وكذا في العكس لم تطلق إذا كان الزوج يميز بين الأمر والنهى ، وأن الأمر بالشئ لا يكون نهياً عن ضده فإن كان لا يميز طلقت في الطرفين .

﴿مسئلة﴾ وإذا قال متى طلقت امرأتى بالتشديد أو كلما طلقها فهى طالق وكرر ذلك لم يقع به شيء حتى يطلقها ناجزاً أو مشروطاً وحصل شرطه لم يقع شيء بعده من طلاقها الأول المعلق لأنه لا يتبع الطلاق الواقع ولو راجعها بعده إذ الطلاق لا يتبع الطلاق عندنا لأنه وقع الشرط وهى مطلقة فأنحل الشرط بوقوع تلك الطلقة المشروطة عقيب الناجزة وإن لم تمد طلقة .

(فصل)

﴿١٦٨﴾

ولما فرغ الإمام عليه السلام من الطلاق المشروط تكلم في المعلق بوقت فقال : ﴿وما علق﴾ من المطلاق ﴿بمضى حين﴾ نحو أن يقول أنت طالق بعد حين ﴿ونحوه﴾ أى ونحو الحين وهو أن يقول بعد وقت ، أو بعد دهر ، أو بعد عصر ، أو بعد حُبْ أو نحوها مما لا يطلق على وقت معين بل يطلق على القليل والكثير والقريب والبعيد ﴿قيل وقع بالموت﴾ لإطلاق الحين على القليل والكثير من الزمان ، والأصل أن لا يطلق فتبقى زوجة له حتى الموت فيه تعلم أنها طلقت قبله إما بموتها أو بموت الزوج . قال الإمام عليه السلام وهذه المسئلة غير منصوصة لأصحابنا ولكنها مأخوذة من كلام محمد بن يحيى الهادى وقد أوضحناه بقولنا ﴿ومنه﴾ أى ومن الواقع بالموت إذا قال أنت طالق ﴿إلى حين﴾ ^(١) أو زمان أو نحوهما . قال محمد بن يحيى : إن قال أنت طالق إلى حين

(١) وأما إذا قال في حين أو في وقت أو في عصر أو في دهر أو في حقب فتطلق في الحال

حيث لم يكن له نية اهـ .

أوزمان فإن نوى وقتاً فذاك وإن لم ينو فإلى المات لأنه في التحقيق بمعنى بعد حين .
 والحاصلون لمذهب الهدوية يعللون مسألة محمد بن يحيى بأن إلى تستعمل للغاية وبمعنى
 مع فن الأول قوله تعالى « وأنموا الصيام إلى الليل » ومن الثاني « ولا تأكلوا
 أموالهم إلى أموالكم » واستعمالها للغاية لا معنى له فتعين أن تكون هنا بمعنى مع ،
 ويقدر فيها معنى الشرط أى إذا مضى حين ، قالوا والحين لفظة مشتركة تستعمل
 للصباح والعشي كقوله تعالى « حين تمسون وحين تصبحون » وبمعنى السنة وعليه
 قوله تعالى « تؤتى أكلها كل حين » أى كل سنة وقيل ستة أشهر ، وبمعنى أربعين
 سنة وعليه قوله تعالى « هل أتى على الإنسان حين من الدهر » وتطلق على العمر إلى
 منتهاه وعليه قوله تعالى « ومتنهم إلى حين » ^(١) قالوا فإذا احتملت هذه المعاني حملت
 على التيقن وهو العمر لأن الأصل عدم الطلاق . قال الإمام عليه السلام في الفيه
 « وكلام أصحابنا في هذه المسئلة أنها تطلق بالموت لأن الحين مشترك في غاية الضعف
 والرككة والمخالفة لمقتضى اللغة العربية » والمختار للمذهب في هذه المسئلة أنها تطلق بعد
 مضى لحظة وهي ما يسع طلاقة لأنه قيده بمضى حين وقد مضى الحين لأن الحين اسم
 جنس يصدق على القليل والكثير ، كمسل وسمن وماء ، فإذا مضى من الوقت ما يسع
 طلاقة بعد إيقاع الطلاق المقيّد بمضى حين صدق عليه أنه قد مضى حين فيقع الطلاق
 المعلق بمضيه ، كما لو قال أنت طالق بعد أن تنظري شميراً فإنها تطلق برؤية قليل من
 الشمير لأنه اسم لماهية هذا الجنس . ولهذا أشار الإمام عليه السلام إلى ضعف قول
 محمد بن يحيى الهادى في هذه المسئلة بقوله « قيل » وقد حذفه صاحب الآثار .

(١) والظاهر أن الحين الذى جعل غاية للتمتع في الآية وهو وقت الإهلاك هو آخر
 العمر ، إذ التمتع واقع في العمر والحين غاية لذلك وغاية الصىء منتهاه ، ولا لسكان المعنى ومتنهم إلى
 عمر أى محرم ولا معنى له إلا أن تجعل إلى للطرفية كقوله تعالى : « ليجمعنكم إلى يوم القيامة »
 إلا أنه خلاف الأصل ولا يمثل عنه إلا لدليل والدليل هنا يؤيد الأصل اه .

﴿و﴾ من أحكام الطلاق إذا علق بوقت معين فإنه ﴿يقع بأول الميعين﴾
نحو أنت طالق إذا جاء غد فإنها تطلق بأول غد وكذا بعد شهر ونحوه فإنها تطلق
بأول الشهر الثاني، وكذا إذا قال أنت طالق غداً وإذا جاء غد، أو في غد طلقت إذا
طلع الفجر فإن نوى وقتاً بميعنه من نصفه أو آخره فله نيته في ظاهر الحكم وفيها بينه
وبين الله فيصدق في جميع الألفاظ .

﴿فرع﴾ فلو قال أنت طالق اليوم إذا جاء غد لم يقع شيء لا في يومه ولا في
غد لأنه قدم الشروط وهو الطلاق في اليوم على شرطه وهو مجيء الغد .

﴿مسئلة﴾ وأما تعليق الطلاق بمكان نحو أنت طالق في المسجد أو في السوق
أو نحو ذلك فإنه لا يصح بل يقع الطلاق في الحال ولو كانت في غير المسجد ونحوه
لأن الطلاق اسم معنى ولا يتوقف حصوله على حصول المكان وإن كان من لوازمه
لأنه قد كان حاصلًا من قبل بخلاف الزمان فإنه يقع فيه فيصح تعليقه كما مر^(١) .

﴿و﴾ إذا علق بوقتين معينين وقع الطلاق في ﴿أول﴾ الوقت ﴿الأول﴾ في
اللفظ حيث لا نية له ولو تأخر حصوله في الواقع ﴿إن تعدد﴾ ذلك الوقت الميعين

(١) في فصل عدد ١٦٦ في شرح قوله « ونفى أحد التقيضين » ولأن الزمان عرض سيال
متجدد شيئاً فشيئاً فيصح التعليق بأي جزء مما سيكون من أجزائه المستقبلية لأن التعليق يفيء يتضمن
معنى الشرطية، ومعنى الشرطية فيه حاصل وهو تطبيق حصول مضمون جملة على تقدير حصول مضمون
جملة أخرى، بخلاف المكان فإنه جوهر ثابت قار القات غير متجدد فهو كائن واقع دائماً من قبل
التعليق به ومن يعمده على سواء، فكان التعليق به وعدمه على سواء إذ لا معنى للتعلق بما هو
واقع لانتفاء معنى الشرطية فيه فكان ذكره لغواً ووقع الطلاق المعلق به ناجزاً . « نعم » لا يقال
هكذا التعليق يقتضى التسوية في الحكم بين التعليق بالمكان والماضي من الزمان لاشتراكهما في
الوقوع، ويأتي قريباً أن تعليقه بأمس لا يقع لأنه يقال التعليق في هذا الحال تعليق بما يصح التعليق
بجنسه . وإنما امتنع التعليق فيه بخصوصه لمخالفة مقتضى معنى الشرط فيه إذ هو تعليق بمستحيل
لاستحالة وقوع ما سيقع فيما قد مضى ووقع ، فالمانع فيه طاري عارض بخلاف التعليق بالمكان فهو
تعلق بما لا يصح التعليق بجنسه ولا بنوعه فافتقراً اهـ .

﴿ كالיום غداً ﴾ فإذا قال أنت طالق اليوم غداً بعد غد طلقت في الحال فإن راجعها لم تطلق غداً إذ لا عطف هنا يقتضى التشريك في التعدد فلم تقع إلا طلقة واحدة ، كالمطف بحرف التخيير وإن تعدد . وإن قال أنت طالق غداً اليوم طلقت غداً لأن الطلاق يقع في الطرف الأول ذكرًا فكان التلفظ بالطرف الآخر كالنقطة عن الأول لا حكم له إذ التعدد الوقت لا الطلاق كما تقدم ﴿ ولو ﴾ تعدد الوقت ﴿ بتخيير ﴾ أى بحرف بقتضيه كأو ، وإما ، وإن كثر الوقت المتعدد هنا نحو أنت طالق إما اليوم وإما غداً أو أنت طالق اليوم أو غداً أو بعد غدٍ طلقت في الحال . ﴿ أو ﴾ تعدد بحرف ﴿ جمع ﴾ كالواو والفاء وشم . وينتهى التعدد بذكر الوقت الثالث هنا نحو أنت طالق اليوم وغداً ، أو فنداً ، أو ثم غداً ، فإنها تطلق في أول الوقت المذكور أولاً من الوقتين المذكورين أو الأوقات ، وتطلق أيضاً في الثانى والثالث إن كان قد راجعها في صورة الجمع لا في التخيير كما يأتى .

﴿ وقوله ﴾ ﴿ غالباً ﴾ عائد إلى صورتي التعدد بتخيير أو جمع يحتز به من نحو أن يقول في الجمع أنت طالق غداً واليوم أو فالיום أو ثم اليوم ولا يراد بذلك الترتيب هنا ، وكذا الحكم في العطف بيل ، ولكن وحتى في المستثنى والمستثنى منه . ولهذا قال في الأثمار : ولو بمطف « غالباً » فم لم يخص ، وفي التخيير نحو أنت طالق غداً أو اليوم ، أو إما غداً أو إما اليوم فإنها تطلق طلقة واحدة في الحال بأول الآخر لفظاً وهو اليوم ، وتطلق في اليوم الثانى أيضاً إن راجع في صور الجمع لا في التخيير إذ ليس الواقع فيه إلا طلقة واحدة وإنما التعدد وقت وقوعها وإن كثر فإذا وقعت في وقت منها بقى غيره وقتاً لا طلاق فيه ، وأما في صور الجمع فالطلاق متعدد بتعدد الأوقات المعطوفة بحرفها إلى الثالث منها .

﴿ و ﴾ من قال أنت طالق ﴿ يوم يقدم ﴾ زيد ﴿ ونحوه ﴾ كيوم أدخل الدار وما أشبه ذلك فإنها تطلق ﴿ لوقته ﴾ أى لوقت القدوم والدخول بشرط أن يكون القادم

والداخل حياً مختاراً فلو حمل ميتاً أو قدم مكرهاً لم تطلق لأنه مقدم به ومدخول لا قادم ولاداخل، وسواء وقع ذلك ليلاً أم نهاراً لأن قوله يوم يقدم فلان بمعنى وقت قدومه ﴿عرفاً﴾ أى لأن ذلك معناه في العرف فإن قصد النهار فقط فله نيته .

﴿و﴾ إذا قال أنت طالق ﴿أول آخر﴾ هذا ﴿اليوم﴾ أ ﴿وعكسه﴾ وهو آخر أول هذا اليوم بحيث له نية عمل بها باطناً وظاهراً إن صودق وحيث لانية له فذلك ﴿لنصفه﴾ فإذا قال أنت طالق أول آخر هذا اليوم أو آخر أوله وقع الطلاق عند انتصاف النهار وهكذا في الشهر ونحوه إذا قال في أول آخره أو في آخر أوله فإنه يقع الطلاق في اليوم الخامس عشر إذا وفى الشهر ثلاثين وإن نقص يوماً ففي نصف الخامس عشر ، وإذا مضى نصف اليوم أو الشهر لم يقع شيء كما لو قال أنت طالق أمس .

﴿و﴾ إذا قال أنت طالق ﴿أمس﴾ أو العام الماضي أو الشهر أو الأسبوع الماضيين فإنه ﴿لا يقع﴾ لأنه علقه بمستحيل لا أن يقول من أمس أو في أمس فهو إقرار بالطلاق فيقع ، فإذا قال أنت طالق غداً أمس أو أمس غد بالإضافة فيهما طلقت في الحال لأن غداً أمس هو اليوم وأمس غد هو اليوم^(١) . فلو قال أمس غداً من غير إضافة فظاهر الأزهار يقع في غد لأنه علقه بمستحيل ويمكن فيقع في الممكن .

﴿و﴾ من قال أنت طالق ﴿إذا مضى يوم﴾ وكان هذا الإنشاء ﴿في النهار﴾ لافي الليل فإنها تطلق ﴿بمجيء مثل وقته﴾ الذي أنشأ هذا الطلاق فيه فإذا طلقتها الظهر مثلاً طلقت وقت الظهر من اليوم الثاني ، ومثله في الليل فإذا قال أنت طالق إذا مضت ليلة . وكان هذا الإنشاء في الليل لأنها تطلق بمجيء مثل وقته من الليلة المستقبلية .

(١) ان كان في النهار لا في الليل فلا يقع شيء إلا أن يكون في القيام المعتاد للعرف وقبل الفجر وقع بفجر يومه كما في البيان اهـ .

﴿ و ﴾ إن قال أنت طالق إذا مضى يوم وكان هذا الإنشاء ﴿ في الليل ﴾ طلقت ﴿ لغروب شمس تاليه ﴾ أى لغروب شمس اليوم التالى لهذا الليل . ﴿ و ﴾ إذا قال أنت طالق إذا رأيت ﴿ القمر ﴾ طلقت إذا رأيته ﴿ لرايع الشهر ﴾ أى فى ليلة رابع الشهر وما بعده من أيام الشهر ولياليه ﴿ إلى ^(١) سبع وعشرين ﴾ أى إلى ليلة يوم سبع وعشرين من ذلك الشهر مع يومها ولا تدخل ليلة ثامن وعشرين فى ذلك لأنه يسمى فيه هلالا كما يأتى وسواء كان الشهر كاملا أم ناقصا فتطلق برؤيته ليلا أو نهاراً فى هذه المدة لأنه يسمى قرأ فى جميعها فالعبرة بقصده هل قصد جرم القمر أم نوره فإن لم يكن له قصد فالجرم ، ولا تطلق إذا رأته النور أو رأته الجرم فى المرأة أو الماء إلا أن ينوى ذلك ، فإن علق الطلاق برؤية الهلال طلقت إذا رأيته بنفسها من أول ليلة فى الشهر إلى ليلة ثالثة مع يومها وكذا ليلة ثامن وعشرين وتاسع وعشرين وذلك مدة ماعدا ما يسمى قرأ .

﴿ و ﴾ إذا قال أنت طالق إن رأيت ﴿ البدر ﴾ لم تطلق إلا إذا رأيته ﴿ لرايع عشر فقط ﴾ وهذا فى غالب الأحوال وإلا فقد لا يكمل بدرأ إلا فى ليلة خامس عشر فالعبرة بتمامه بدرأ ولو رأيته كاسفا إن لم يكن له قصد أو رأيته نهاراً .. أما لو علق الطلاق أو العتاق بليلة القدر فإن كان قبل دخول الليلة التاسعة عشرة وقع ذلك فى أول دخول آخر ليلة من المشر الأواخر وإن كان بعد دخولها لم يقع إلا بانقضاء آخر ليلة من المشر الأواخر من شهر رمضان للسنة المستقبلة فإن عين الليلة الأولى لم يقع ذلك لجواز تنقلها .

﴿ و ﴾ إذا قال أنت طالق يوم ﴿ العيد ﴾ أو فى يوم العيد طلقت بدخول أول العيد الأول أى بأول أقربهما إلى يوم الطلاق . ﴿ و ﴾ كذا لو علق الطلاق بأى هذه الثلاثة الأوقات وهى شهر ﴿ ربيع وجادى وموت زيد وعمرو ﴾ فهذا التعليل يكون

(١) هنا إلى يسرى مع ام .

﴿لأول الأول﴾ حصولاً لأنه علق الطلاق بظرف ممتد متعدد فتطلق في أول جزء من الأول في جميع هذه المثل : ففي العيد تطلق بأول فجر أول عيد يكون من بعد إنشاء الطلاق ولو كان عيسداً في عرف المطلق كرجب إذا جرى العرف بإطلاق اسم العيد عليه كمزف بعض العوام لأن كثيراً من الأحكام تتعلق بالأعراف، وإن كان اعتقاد العيد في رجب بدعة كما أن الطلاق البدعي بدعة وهو واقع ، وإذا كان التعليق بعده وقع بطولوع فجر يوم عيد الإفطار وبعده بفجر عيسد الأضحى . ويبطل التعليق بوقوع الطلاق عليها مرة واحدة في أول عيد فلا تطلق في عيد بعده ، وكذا لو قال يوم الجمعة فإن قال في العيد طلقت في كل عيد مع تحلل الرجعة حتى تبين منه وكذا لو قال في الجمعة . وإذا قال أنت طالق في شهر ربيع طلقت في أول يوم من شهر ربيع الأول إذا قال ذلك قبل دخوله، وإن كان فيه طلقت فوراً سواء كان الأول أو الثاني ، وكذا لو قال أنت طالق في جمادى ، وإذا علقه بموت زيد وعمرو نحو أن يقول أنت طالق يوم يموت زيد وعمرو فإنها تطلق بموت الأول منهما إن ترتب موتهما لأنه وقته بحصول وقت موتهما . وقد حصل أوله بموت الأول بخلاف ما لو جعل موتهما شرطاً نحو إذا مات زيد وعمرو فإنها لا تطلق إلا بموتهما معاً فإن كان قد مات أحدهما فلا طلاق لاستحالة شرطه .

﴿و﴾ إذا قال أنت طالق ﴿قبل كذا﴾ كان هذا غير مقيد بمستقبل وإنما هو ﴿للحال﴾ فإذا قال أنت طالق قبل موتي أو موت زيد أو قبل طلوع الشمس أو نحو ذلك مما هو مقطوع بمحصوله فإنها تطلق في الحال، فإن قال قبل قدوم زيد ونحوه مما لا يقطع بمحصوله فإنها تطلق في الحال أيضاً بشرط قدوم زيد حياً مختاراً فيكون قدومه كاشفاً لوقوع الطلاق عقيب الكلام ، ولكن أحكام النكاح ثابتة فيجوز الاستمرار على الوطء في هذه الصورة لعدم القطع بقدومه والأصل بقاء النكاح ما لم يَنْفَلَبْ في الظن حصول قدومه فلا يجوز الوطء . فإن قال قُبِيلَ كذا فإنه يقع في الوقت الذي

يعقبه ذلك الشيء لا قبل المستحيل ، فإذا قال أنت طالق قبل طلوعك المريخ لم تطلق
إذ لا قبل للمستحيل فإن صار غير مستحيل وقع الطلاق قبيل الطلوع .
(و) إن قال أنت طالق قبل كذا (بشهر) طلقت (لقبله به) ^(١) أى لقبيل
ذلك الأمر بشهر، فإذا قال أنت طالق قبل موتى بشهر طلقت قبله بشهر وأحكام النكاح
ثابتة حتى يقع الموت فيكون كاشفاً، فإذا وطئ في الشهر جاز ويكون رجعة في الرجعى
ويلزم لها مهر المثل في البائن والمدة من حين العلم للعاقلة الحائض لا الاستبراء فلا يلزم
من مائة لائة فإن مات قبل مضى شهر لم يقع شيء فإذا ماتت المرأة قبل مضى الشهر
والزوج بعده وقع الطلاق حيث بين موتهما شهر فما دون فلا يرث منها إن كان الطلاق
بائناً وإن كان أكثر فلا يقع شيء إذ هو كأمس .. (و) إذا قال أنت طالق (قبل
كذا وكذا بشهر) نحو أن يقول أنت طالق قبل موت فلان وفلان بشهر طلقت
(لقبل) موت (آخرهما به) أى بشهر فإن كان الزوج أحدهما لم تطلق إلا أن يكون
آخر أو أولاً ومات الآخر بعده قبل مضى شهر من موته فما دون لأنه ينكشف أنه
مات وقد طلقت .

﴿مسئلة﴾ وإذا كتب أنت طالق ثم استمد بالقلم من الدواة ثم كتب إذا
إذا جاءك كتابي أو إذا فعلت كذا فإذا كان استمداده من الدواة لا تقطاع المداد من
القلم عني عن ذلك وصح ما شرطه بعده ، وإن كان لغير حاجة إليه أو لحاجة أخرى
وقع الطلاق في الحال ولم يصح ما شرطه بعده، كما إذا سكت لغير حاجة ثم شرط شرطاً
أو استثنى بعده لم يصح؛ حكى ذلك في البيان عن البحر. ولعله يستقيم حيث لم ينو الشرط
فأما حيث هو ناوٍ له فهو يصح بالنية في الباطن ولو لم يكتب .

﴿مسئلة﴾ ^(٢) وإذا كتب أنت طالق عند وصول كتابي ثم ضاع الكتاب أو بعضه

(١) وكذا بعده نحو أن يقول أنت طالق بعد كذا بشهر إلا موته إذ قد خرجت من جباله .

(٢) تستاد من البيان اهـ .

ولم يبق منه المقصود لم تطلق ، وإذا وصل الكتاب وقد طمس بعضه لم تطلق سواء كان المقصود أم غيره لأن قوله كتابي يعم جميعه ولم يصل على صفته .

﴿ و ﴾ من أحكام الطلاق أنه ﴿ يدخله الدور ﴾ ^(١) وهو توقف الشيء على ما يتوقف عليه . وله صور « منها » ما يتناع في نفسه ولا يمنع الناجز وهو أن يقول : من لم تطلق منكن فصواحبها طواني وكذا أنت طالق واحدة بعد واحدة أو قبل أو جنب أو تحت أو فوق واحدة ، وكذا لو قال أنت طالق واحدة بعدها واحدة أو واحدة قبلها واحدة ، فهذه الصور الثلاث لا يقع فيها شيء فيتناع في نفسه ؛ ولا يمنع الناجز إذا وقع من بعد لأنه شرط وقوع الواحدة بواحدة بعدها أو قبلها في صورتين الأخيرتين وحيث تتقدمها أو تكون بعدها واحدة فإنها لا تقع المتأخرة منهما لأن الطلاق عندنا لا يتبع الطلاق ، وإذا لم تقع المتأخرة لذلك لم تقع المتقدمة إذ هي مشروطة بأن تقع بعد واحدة ولم تصح لما قلنا . وأما في الصورة الأولى فإن شرط الطلاق في كل واحدة منهن هو عدم طلاق الباقيات ، فلو قلنا أنه حصل الشرط وهو عدم الطلاق فيطلقن لأدّى إلى بطلان الشرط وإذا بطل لم يقع الطلاق سواء قلنا ان من للفور أم للتراخي لبطلان الشرط والمشروط أى من جهة المعنى إذ لا شرط ولا مشروط صراحة وأما الذى يتناع في نفسه ويمنع الناجز فهو يسمى بـ ﴿ الدور العام ﴾ وله صورتان : إحداهما تصلح لأهل التتابع وغيرهم وهو حيث قال أنت طالق ثلاثاً قبل أن يقع عليك طلاق ، والثانية تصلح لمن لا يقول بالتتابع وهي أن يقول أنت طالق قبيل أن يقع عليك طلاق فهذا يتناع عند أهل المذهب فقط ، ويمنع الناجز لأنه متى أوقع عليها طلاق ناجزة انكشف كونها مطلقة من قبل ، والقبل مشروط بهذا فلا تقع الآخرة لأن الطلاق عندنا لا يتبع الطلاق وإذا لم تقع الآخرة لم تقع الأولى لأنه جعلها قبل الآخرة

(١) والفرق بين الدور والتحيس أن الدور لا شرطية فيه ولا مشروط أى صريحين .

والتحيس فيه شرط ومشروط صريحان . اهـ

والآخرة لم تنع، ولا قبل لغير واقع، ولا واقع في غير قبل أو بعد، إلا أن البعدية هنا غير مذكورة وقد ذكرناها قبل هذا . ومع قولنا قبيل لا يحتاج أن يقول بساعة لا تنسح رجمة وطلاق لأن قبيل وقت مضيق يلتصق بالطلقة الناجزة فلا يكون بينهما فاصل بخلاف ما إذا قال قبل فالقبل متسع من عند النطق إلى أن يقع الطلاق الناجز فيمكن إبطال الدور فيه بأن يراجع إذا كان الطلاق رجعياً بقوله أو فعل كوطء أو نحوه ثم يطلق، ويكشف الطلاق الناجز عن طلاق متقدم وقع بعده رجمة فيقعان معاً، فإذا قال لا ينسح رجمة قيد ذلك القبيل بأن لا يتسع لغير الطلقة فلا يتصور منه رجمة وكذا لو طلق وقصد بالساعة اللحظة - أي لا تنسح لغير اللفظ بالطلاق - أغنى عن أحد القيدين المذكورين . ولا فرق بين أن يقول طلاق متى أو طلاق لأن من لم يصح منه الفعل لم يصح منه التوكيل به . اللهم إلا أن يكون قد ملك الطلاق من قبل ثم أوقع الدور فإنه يفترق الحال بين أن يقول طلاق فيمتنع طلاق الوكيل وبين أن يقول طلاق متى فيمتنع طلاقه لا طلاق الوكيل ولو لم يبق له إلا طلقة واحدة وقال أنت طالق قبل أن يقع عليك طلاق كان دوراً ولا يحتاج إلى أن يقول قبيل ولا أن يقول بوقت لا ينسح رجمة، إذ لا يتصور بعد الثلاث رجمة .

واعلم أنه لا ينبغي لدى عقل أن يورط نفسه في مآزق الطلاق بالدور العام وقد جعل الله له في شرعه السهل سعة ويسراً إذ قد يضطر إلى الطلاق في وقت ما بل قد يجب عليه ، وحسن المخرج لإفقاظ من تورط فيه إما أن يحكم الحاكم ببطلانه أو يعقد بطفلة في الحولين إن لم يكن تحته أربع ثم ترضعها زوجته المدورة أو أمها أو أختها أو نحوه ممن لا يحل الجمع بينهما فيفسخ نكاحها ويحرمان عليه معاً إن كان قد دخل بالرضعة أو نحوه ذلك وإلا حرمت الرضعة فقط ويعقد بالصغيرة إن شاء، فإن أرضعتها أم زوجها المدورة انفسخ النكاح ويعقد بالمدورة أو الصغيرة إن شاء .

﴿ ولا يصح التحيس ﴾ في الطلاق ﴿ وهو ﴾ ما نطق فيه بأى أدوات الشرط

فلا يقع به منع الطلاق الناجز ، وله صور عامة وخاصة «فن الأولى» أن يقول لزوجته ﴿ متى وقع عليك طلاق^(١) فأنت طالق قبله ثلاثاً ﴾ هذه الصورة تصلح لمن يقول الطلاق يتبع الطلاق ومن يمنع ، ويكفى على أصلنا أن يقول فأنت طالق قبله لأن الطلاق لا يتبع الطلاق عندنا ، وكذا لو قال كلما وقع عليك طلاق ، أو إذا وقع عليك طلاق فأنت طالق قبله ، ومعنى التحجيس هو أن الرجل إذا أراد أن لا يقع على زوجته منه طلاق لا ناجز ولا مشروط فإنه يقول لها كذلك فلا تطلق من بعده لأنه إذا وقع عليها طلاقاً ناجزاً انكشف أنها قد كانت طلقت قبله ثلاثاً فلا يقع الناجز ، وإذا لم يقع لم تقع الثلاث لأن وقوعها مشروط بأن يقع عليها طلاق فيمانع الشرط والمشروط. فلا يقع ، وهذه الحيلة عندنا باطلة لكن يقع الناجز دون المشروط .

« ومن الثانية : إذا طلقك طلاقاً رجعيّاً فأنت طالق قبله ثلاثاً متخللات الرجعة فينحبس الرجعى ، وإذا قال : إذا طلقك ثلاثاً فأنت طالق قبله ثلاثاً متخللات الرجعة فينحبس التثليث فقط . أو أنت طالق اليوم ثلاثاً أى كذلك إن طلقك فداً فينحبس تطليق غد لا تطليق اليوم ، ومنه إن لم أحج هذه السنة فأنت طالق ثلاثاً كذلك .

﴿ فرع ﴾ إذا قال رجل لزوجته : إن لم أحج هذا العام فأنت طالق ثلاثاً ثم قال لها قبل أن يحنث إن حنثت فى يمىي فأنت طالق ثلاثاً قبل حنثى ، فالحنث للذهب أن اليمين الأولى الجزاء فيها متأخر عن الشرط فيحنث فيها بدم الحج وتقع طلقة واحدة ، واليمين الثانية من باب التحجيس لا تقع لأن فيه تقدم المشروط على شرطه فلا تكون مانعة من وقوع الطلاق من اليمين الأولى ، فإن قال أنت طالق قبيل أن يقع الطلاق المشروط امتنع المشروط ولا يمتنع الناجز .

﴿ و ﴾ ﴿ من أحكام الطلاق ﴾ أنه ﴿ مهما ﴾ علق طلاق زوجته على شرط

و ﴿ لم يغلب ﴾ في ظنه ﴿ وقوع ﴾ ذلك ﴿ في الشرط ^(١) لم يقع الشروط ﴾ وهو الطلاق المعلق لتيقن النكاح فلا يرتفع بالشك الطارئ حتى يغلب على ظنه أن شرط طلاقها قد وقع ، فهما غلب على ظنه وقوعه ثبت الطلاق ، ومثل ذلك لو رأى طائراً فقال إن كان هذا غراباً فاصراًته طالق فطار الطائر فلم يعرف أكان غراباً أم غيره لم يقع الطلاق ، لأن النكاح المتيقن لا يرتفع بالشك الطارئ . ويستحب له رفع اللبس بأن يقول وإن لم يكن غراباً فهي طالق ثم يراجعها حيث له ذلك .

﴿ وما أوقع ﴾ من الطلاق ﴿ على غير معين ﴾ من الزوجات ﴿ ك ﴾ أن يقول زوجته طالق وله زوجتان أو يقول زينب طالق وكل واحدة اسمها زينب ، أو أقبل نساءً جميعاً فقال ﴿ إحداكن ﴾ طالق أو أتى بحرف التخيير فقال هذه أو هذه أو هذه طالق وكذا لو قال فلانة أو فلانة طالق أو نحو ذلك كما يأتي في الحكم الثامن من أحكام الطلاق وهذا إذا لم يقصد واحدة معينة منهن ، فإن قصد واحدة معينة وقع الطلاق عليها ويقبل قوله ظاهراً وباطناً لأنه أعرف بقصده ولا يعرف إلا من جهته كما تقدم . وحيث لا يمتن إحداهن لفظاً أو نية ﴿ أو ﴾ طلق واحدة معينة منهن ثم ﴿ التبس ﴾ عليه ﴿ بعد تمييزه ﴾ لها باللفظ أو النية أينهن المطلقة ﴿ أو ﴾ كان قد علق طلاق كل واحدة من نسائه بشرط ثم وقع بعض الشروط والتبس عليه ﴿ ما وقع شرطه ﴾ أي من وقع شرط طلاقها منهن كسئلة الطائر حيث قال إن كان غراباً فأنت يا فلانة طالق وإن لم يكن غراباً فأنت يا فلانة طالق ثم طار الطائر والتبس ما هو فإن إحداها قد وقع شرط طلاقها لا محالة لسكن التبس . نعم ؛ إذا التبست المطلقة بغيرها في إحدى هذه الصور الست وحكمها على سواء فقد وقع طلاق واحدة منهن قطعاً إلا أنها ملتبسة ووقوعه من يوم إيقاعه أي من وقت حصول شرطه إن كان مشروطاً وكذا العدة ، ولا يقال العدة من يوم العلم لأنه قد حصل العلم بوقوع

(١) والزوجة تحليفه أنه لم يغلب في ظنه وقوع الشرط اهـ .

الطلاق في الجملة . فتى وقع الطلاق على أى هذه الصور ثبت لذلك أربعة أحكام في النكاح والمهور والميراث والعدة .

﴿ الحكم الأول ﴾ في النكاح وهو أنه تحمل له الخامسة لأنها قد طلقت إحداهن إذا كنّ أربماً وكان الطلاق بائناً أو رجعيّاً وقد انقضت العدة وتحرم عليه أخت كل واحدة منهن أو نحوها ولو كان الطلاق بائناً لعدم العلم بأن أختها هي المطلقة و﴿ أوجب ﴾ عليه هذا الطلاق ﴿ اعتزال الجميع ﴾ من الزوجات لالتباس المطلقة بغيرها منهن إذا كان الطلاق بائناً أو رجعيّاً وقد انقضت العدة أو كان مضرباً عن مراجعة من قد طلقها . فإن وطئ بمضهن أو كلهن لم يحد سواء كان عالماً أم جاهلاً بالتحريم لقوة الشبهة هنا ﴿ فلا يخرجن ﴾ من عقدة نكاحه ﴿ إلا بطلاق ﴾ أو فسخ أو موت إذ كل واحدة منهن زوجة ييقن ولم يعلم أن طلاقها قد وقع فلا تخرج كل واحدة منهن إلا بطلاق ونحوه ﴿ فيجبر ﴾ الزوج ﴿ الممتنع ﴾ من الطلاق على طلاقهن جميعاً أو على مراجعتن جميعاً حيث له ذلك أى يجبره الإمام أو الحاكم على أحدهما بناء على صحة الرجة المبهمة كما يأتى . ولا يتصور عندنا إجبار على الطلاق إلا فى إحدى هذه الصور فقط .

﴿ فإن ترمد ﴾ من الطلاق أو الرجة حيث له ذلك ﴿ فالفسخ ﴾ يعنى فيفسخ الحاكم ذلك النكاح بين الزوج وبينهن ويلزم على كل واحدة أن تعقد عدة فسخ وعدة طلاق أيضاً وفسخ الحاكم لا يحسب على الزوج طلقه ولو كان الفسخ بلفظ الطلاق . والفسخ هنا صحيح على المختار للمذهب فى هذه الصورة فقط ولم يأت لأهل المذهب جواز فسخ الحاكم نكاح غيره فى غيرها . ووجهه أنا إذا أبقيناه على ترمده عن الطلاق والرجعة كان ذلك إضراراً بالزوجات والله يقول : « ولا تضاروهن » .

﴿ ولا يصح منه ﴾ أى من الزوج ﴿ التعمين ﴾ للطلاق فى إحداهن حيث لانيّة له لأن حكمهن فيه على سواء للبس فصرف الطلاق إلى واحدة تخصيص بلا تخصيص

فلا يصح في جميع صور الالتباس التي مرت . والمراد أنه لا يصح منه أن يقول قد هينت هذا الطلاق الواقع في فلانة سواء كان ذلك قبل موت إحداهن أم بعده وسواء أراد أن يعينه على الحية أم على الميتة ، وأما لو قال المطلقة هي فلانة فإنه يقبل قوله ظاهراً وباطناً أنها هي المقصودة بالطلاق الواقع على غير معينة منهن لأنه إقرار والإقرار بالطلاق طلاق وسواء صادفته أم لا ، لا في التي التبس طلاقها بعد تعيينه فلا يقبل قوله في تعيينها بأنها التي كان أرادها بالطلاق بعد إقراره باللبس إلا أن تصادفه في ذلك .

﴿ و ﴾ إذا أراد الزوج أن يرفع اللبس كما هو الواجب عليه فإنه ﴿ يصح ﴾ منه ﴿ رفع اللبس ﴾ الحاصل من الطلاق. ورفع يكون إما ﴿ رجعة ﴾ لمن كان قد طلقها إذا كان الطلاق رجبياً فيقول من طلقت منكن فقد راجعتها فتصح هذه الرجعة ولو كانت على مجهولة غير معينة لما كانت المطلقة غير معينة كما تصح الرجعة المبهمة حيث طلق زوجته أجمع ثم راجع واحدة منهن غير معينة فإنه يصح ذلك ثم يمين تلك الرجعة على من شاء منهن كما يأتي قياساً على الطلاق المبهم وإن لم يصح فيه التعيين وعلى النكاح كما إذا تزوج بواحدة من بنتي عمين والتبست فإنه يقول لوليها قد زوجتني من لم أكن تزوجت بها فيصيران زوجتيه معاً ... ﴿ أو ﴾ بإيقاع ﴿ طلاق ﴾ آخر على من لم تكن قد طلقها فيقول من لم أكن قد طلقها منكن بهذا الطلاق الملتبس فهي طالق فيصرن كلهن مطلقات . ثم يراجع من شاء منهن أو جميعهن حيث له ذلك. فلو كان قد طلق واحدة منهن معينة وراجعها قبل هذه الطلقة الملتبسة ثم فعل ما ذكرنا بقي لها طلقة واحدة فقط لجواز أن تكون الطلقة الملتبسة وقعت عليها أيضاً وللبواقي اثنتان لما ذكرنا فإن كانت الأولى ملتبسة أيضاً وقد راجع حبيل لكل واحدة طلقة أيضاً لتجوز وقوعها على كل واحدة كالأولى فإذا أراد رفع اللبس قبل الرجعة من الأخرى قال من لم أكن طلقها منكن ثانياً فهي طالق فيصرن كلهن مطلقات ثم يراجعهن

إن أحب، ثم يقول من لم أكن طلقها منكن أولاً فهي طالق ثم يراجعهن إن أحب فتبقى كل واحدة عنده في طلقة واحدة، وإن أراد رفعه بعد الرجعة من الأخرى لم يلزمه الترتيب بين قوله ثانياً وقوله أولاً كما تقدم فيقدم أى اللفظين شاء إذ لم يقع الطلاق في هذه الحال إلا على مراجعة .

﴿ فرع ﴾ فإن كان قد طلق واحدة منهن اثنتين وراجعها قبل الطلقة الملتبسة حرمت عليه لجواز أن تكون هذه الطلقة الملتبسة وقعت عليها أيضاً فتكون مثلبة ولا تخرج منه إلا بطلاق لجواز أن تكون وقعت عليها لأن الأصل بقاء النكاح، فإن فسخ الحاكم لم يجز له أن يتزوجها قبل أن تنكح زوجها غيره لجواز أنها مثلبة وإذا تزوجها بعد التحليل لم يملك عليها إلا واحدة من الطلاق لأن الزوج الثانى لا يهدم من الطلاق إلا ثلاثة كما يأتى لا الواحدة والاثنتين فليبنى على ما مضى .

﴿ فرع ﴾ آخر ، وهكذا إذا طلق واحدة منهن غير معينة ثم راجع ثم أوقع طلقة على واحدة غير معينة ثم راجع ثم أوقع الثالثة كذلك فالحكم واحد كما تقدم فكل واحدة يجوز أنها طلقت مرة ومرتين وثلاثاً، وإذا أراد رفع اللبس بالطلاق قال من لم أكن قد طلقها منكن ثلاثاً فهي طالق، ثم يراجعهن ثم يقول من لم أكن قد طلقها منكن ثانياً فهي طالق، ثم يراجعهن ثم يقول من لم أكن قد طلقها منكن فهي طالق فيطلقن الجميع ثلاثاً ثلاثاً فإن قدم لفظ أولاً على لفظ ثانياً جاز حيث كان قد راجع في جميع الثلاث الأول كما تقدم لأنه لا ترتيب بين إيقاع الطلقة الثانية والأولى الراقتين لدفع اللبس بعد الرجعة وأما لفظ ثالثاً فلا بد من تقديمه لعدم شرعية الرجعة بعد الطلقة الثالثة .

﴿ والحكم الثانى ﴾ فى المهر فى هذه الصور المذكورة قبل رفع اللبس : فإن كان قد دخل بهن أو خلا خلوة صحيحة مع التسمية الصحيحة كان لكل واحدة مسمى لها أو مهر مثلها إن لم يسم مع الوطء سواء مات أو طلق أو فسخ ولو كان سبب

الفسخ من جهته، وإن لم يكن قد دخل بهن فإن طلقهن فلكل واحدة نصف المسمى إن سمي وإن لم يسم فالثمة لكل واحدة . وإن مات وقد سمي لهن مهرأ وجب لهن ثلاثة مهور ونصف يمينهن أربعاً لأن الموت بمنزلة الدخول في حق غير المطلقة فللثلاث المهر كاملاً وللمطلقة نصفه، وهذا اتفاق بين أهل الفقه والفرائض حيث كلهن مدخول بهن مسمى لهن أو غير مسمى، ويختلفن فيما يختلف من ذلك . فإن اختلفت مهورهن في القدر واختلفن في الدخول وعدمه فالذهب على طريقة أهل الفقه إن مات قبل الدخول واختلفت المهور جمعها وأسقطت نصف الأكثر من مجموعها ثم تنسبه منها فما حصل لتلك النسبة أسقط من مهر كل واحدة بقدرها من ربع أو خمس أو نحو ذلك . وقد يختلف الحال باختلاف مقادير المهور هذا هو الضابط في مثل ذلك . فإن كان مهر الأولى اثنتين وثلاثين أوقية ، ومهر الثانية ثمان أواق ، ومهر الثالثة تسعة عشر ومهر الرابعة أربعة وعشرين، فتقدر أن صاحبة الاثنتين والثلاثين هي المطلقة غير مدخولة لأن الأصل براءة الدمة من الزائد فيسقط نصف مهرها وهو ستة عشر من الثمانين التي هي أصل المهر وهو ستة عشر، ثم نظرنا إلى جملة مهورهن فوجدناها ثمانين ثم نسبنا هذا الساقط وهو ستة عشر من الثمانين التي هي أصل المهر فوجدناه خمسة فيسقط على كل واحدة خمس ما كان تستحقه وعلى هذا القياس . وإن كان قد دخل ببعضهن فإما أن يموت عنهن أو يطلق أو يفسخ، فإن مات فإما أن يسمى مهرأ أولاً فإن سمي فحيث يكون قد دخل بثلاث كان لهن مهورهن كاملة والتي لم يدخل بها ثلاثة أربع مهرها وهو المختار للمذهب على طريقة أهل الفقه، لأنك تقدر أنها مدخول بها فلها المهر كاملاً وأنها غير مدخول بها فلها نصفه على حالين فتستحق نصف التقديرين . وإن كان قد دخل بواحدة فقط كان للمدخول بها مهر كامل وللثلاث الأخريات مهران وثلاثة أربع مهر لأنك إن قدرت أن الطلاق وقع على المدخول بها كان لهن ثلاثة مهور لأن الموت كالدخول ، وإن قدرت أنه وقع على إحدى الثلاث كان لهن مهران

ونصف فقد اجتمع معك خمسة مهور ونصف على حالين : تخرج للحال مهران وثلاثة أرباع مهر ، وإن دخل بائنتين فلهما مهران وللآخرين مهر وثلاثة أرباع مهر اتفاقاً لأنك تقول المطلقة من المدخولتين فلهما مهران ، المطلقة من غيرهما فلهما مهر ونصف ، وجملة ذلك ثلاثة مهور ونصف على حالين يخرج للحال مهر وثلاثة أرباع مهر هذا حيث مات وقد دخل ببعضهن وسعى . فإن مات ولم يكن قد سعى فلن دخل بها مهر المثل واحدة كانت أو اثنتين أو ثلاثة ، ولغير المدخول بها نصف متعة بينهما واحدة كانت أو اثنتين أو أكثر لأنك تقول : أنت المطلقة فلك المتعة ، غيرك المطلقة فلا شيء لك على حالين يخرج للحال نصف متعة . وإن سعى لواحدة فلها المسمى إذا دخل بها أو خلا خلوة صحيحة وإلا فتلاثة أرباع مهر وللبواق نصف متعة بينهما لأنك إن قدرت المطلقة منهن فلن متعة واحدة وإن قدرت المطلقة من غيرهن فلا شيء يخرج لمن نصف متعة . وإن سعى لثنتين فلهما مساهما إن دخل بهما أو خلا خلوة صحيحة وإلا فمهر وثلاثة أرباع مهر لأنك تقول : المطلقة منك فلها مهر ونصف ، المطلقة من غيركما فلها مهران على حالين يخرج مهر وثلاثة أرباع مهر وللآخرين نصف متعة اتفاقاً في المتعة فإن سعى لثلاث فلن مساهم إن دخل بهن أو خلا خلوة صحيحة وإلا فمهران أو ثلاثة أرباع مهر والرابعة نصف متعة . وأما حكم الطلاق والفسخ إذا رفع اللبس بأيهما حيث دخل ببعض دون بعض فيعلم بالمقايضة على ما تقدم .

﴿ والحكم الثالث ﴾ في الميراث فإن كان قد دخل بهن ومات والمطلقة رجعية في العدة فالميراث بينهما أرباعاً وإن مات وقد خرجت المطلقة من العدة - ويكفي علمها بالطلاق جملة - فلا يقال هنا العدة من حين العلم فقد حصل بالطلاق جملة كما تقدم ، ولهذا أوجبوا اعتزال الجميع وأطلقوا الكلام في أنه يجب على كل واحدة أن تعامل نفسها معاملة المعتدة احتياطاً ولم يقيدوه بقيد ، أو مات قبل الدخول أو كان الطلاق بائناً فالميراث لثلاث منهن وواحدة لا ميراث لها إلا أنها ملتبسة فيكون الميراث بينهما

أرباعاً . فإن دخل بهن إلا واحدة معينة ومات المطلقة في العدة كان للتي لم يدخل بها ثمن الميراث^(١) فالباقي للثلاث على سواء ، وإن دخل باثنتين فلهما ثلث الميراث وربعه^(٢) ولغيرهما ربعه وسدسه ، وإن دخل بواحدة فلهما الثمن والسدس لأن لها الربع إن كانت هي المطلقة والثالث إن كانت غيرها فتعطي نصف هذا ونصف هذا والباقي للثلاث .

﴿ والحكم الرابع ﴾ في العدة ونفقتها وسيأتي إن شاء الله في بابه فصل ١٧٧ .

﴿ فصل ﴾

﴿ ١٦٩ ﴾

في بيان الحلف بالطلاق ، والمراد بالحلف هنا أن يتضمن الكلام حثاً أو منعاً أو تصديقاً أو براءة كما سيأتي في المركبة من شرط وجزاء أول فصل ٣٢٨ . وليس المراد باليمين الحقيقية وهي الحلف بالله أو بصفاته كما سيأتي في الإيمان فصل ٣٢٤ .

﴿ ولا يجوز ﴾ الإكراه على ﴿ التحليف به ﴾ بمعنى بالطلاق وكذا المتاق وصدقة المال ﴿ مطلقاً ﴾ سواء كان المحلف الإمام أم الحاكم أم غيرها ، وسواء كان ذلك في بيعة الإمام أم غيرها ، وتبطل ولاية من فعل ذلك وهو لا يستجيزه ولو رأى في ذلك صلاحاً فإن كان يرى ذو الولاية جواز الحلف بالطلاق ونحوه جاز ولزم ولا يجوز للحالف المخالفة بعد الحكم به لأنه يقطع الخلاف . ﴿ و ﴾ أما ﴿ من حلف ﴾ بالطلاق ونحوه ﴿ مختاراً ﴾ فإنه يجوز ويصح طلاقه ﴿ أو ﴾ حلف ﴿ مكراها ونواه ﴾ يعني نوى الطلاق فإنها تنبرم يمينه ويصح طلاقه ولو كان مكراها إذ النية تصير الإكراه كعدمه

(١) لأنك إن قدرت الطلاق عليها فلا شيء لها ، وإن قدرته على غيرها فهي ميمنة فلها الربع على حالين يأتي لها ثمن الميراث .

(٢) لأن لها الثلثين إذا كانت المطلقة من غيرها ، والثالث إذا كانت إحداها على حالين يأتي لها ثلث ميراث وربعه وللآخرين نصف حيث المطلقة من غيرها ، وثالث حيث كانت منهما على حالين يأتي لها ربع وسدس اهـ .

وأما إذا لم ينو السكره الطلاق فلا تنعقد يمينه ولا يصح طلاقه، وحدّ الإكراه هنا ما يخشى معه الضرر كما في جواز ترك الواجب .

﴿مسئلة﴾ من حلف بالطلاق لأفعل كذا مهما قدر على نفسه فتى. بقى دأى نفسه إلى ترك ذلك أكثر فيمينه باقية ومتى صار دأى نفسه إلى فعل ذلك أكثر انحلت يمينه. ذكره الفقيه يوسف .

﴿نعم﴾ فن حلف كذلك ﴿حلف الطلق﴾ يعنى وقع طلاقه ونحوه. والطلق هو الذى لم يقيد المحلوف عليه بوقت كان يحلف ﴿ليفعلن﴾ كذا وإلا فامرأته طالق أو عبده حر أو ماله صدقة فيحلف فى يمينه هذه وتطلق زوجته ونحو ذلك عند علمه بالمعجز من فعل المحلوف عليه أو تعذره إما ﴿بموت أحدهما﴾ أو عند نزاعه أو تلف ماله أو تخرب الدار التى حلف على دخولها أو يمزم على الترك ﴿قبل الفعل﴾ لذلك إن كان مقدوراً وقد تمكن من البر والحنث معا وسواء كان الفعل متعلقا بها كأنته طالق لا كلمتك وماتت هى أم غير متعلق بها كدخول الدار ونحوها وقائدة هذا أنهما يتوارثان بعد وقوع هذا الطلاق إذا كان رجعيًا بموت أحدهما فإن ماتا معا فلا توارث بينهما ويكون الكفن من مال الزوجة لا على الزوج إذا كان الطلاق بائنا لارتفاع الزوجية بينهما بموتهما معا .

﴿و﴾ أما ﴿المؤقت﴾ وهو الذى ضرب للفعل وقتاً لفظاً أو نيّة مع المصادقة نحو أن يقول زوجته طالق إن لم يفعل كذا يوم الجمعة أو نحو ذلك فإنه يحلف ﴿بمخرج آخره﴾ أى بمخرج آخر ذلك الوقت أو بقاء ما لا يتسع للفعل المحلوف عليه حاله كونه ﴿متمكناً من البر والحنث﴾ ممّا غير ممنوع منهما ولا ملجأ إليهما ﴿ولم يفعل﴾ فأما لو خرج آخر الوقت والبر والحنث غير ممكنين كأن يأتى آخر الوقت وهو زائل العقل بالجنون أو الاعماء أو النوم فلا يحلف لعدم التمكّن بخلاف السامى والناسى فإنه متمكّن من الفعل والترك لبقاء العقل. وسيأتى فى الأيمان أن الحنث يحصل بالخالفه ولو كان الحالف

ناسياً أو مكرهاً ولا فرق بين عین القسم والركبة إلا أن الركبة لالغو فيها ولا غموس عند أهل المذهب وإنما يترتب فيها حكم الجزاء على حصول الشرط فهي من قبيل الأسباب التي لا يفترق الحال فيها بين العلم والجهل ولا بين العمد والسهو مع التمكن وبقاء العقل، أما لو كان سكران فيحنت على الأصح والمسئلة على أربعة وجوه :

﴿أحدها﴾ أن يقول أنت طالق لأشربن هذا الماء غداً أو لأدخلن هذه الدار غداً فيأتي آخر الوقت وهو متمكن من البر والحنث بأن يكون الماء والدار باقيتين وهو غير ممنوع منهما ولا ملجأ إليهما ولا تقدم منه حنث بالمزم على الترك فهذا يحنت بخروج الوقت لأنهما ممكنان . ﴿الثاني﴾ عكسه وهو أن يأتي آخر الوقت والبر والحنث غير ممكنين بأن تكون الدار قد خربت والماء قد أهرق ولو بفعله ناسياً لا عامداً فيحنت بالمزم على الترك بخلاف الناسي فلا عزم له ويكون ذلك في بقية كانت تسع للفعل ولم يكن أيضاً قد حنث بالمزم على الترك فهذا لا يحنت بخروج الوقت لأنه خرج والبر والحنث غير ممكنين، ولا يمكن أيضاً أن يحنت بالمزم على الترك إذ لا حكم لمزمه على الترك مع خراب الدار وإهراق الماء لتعذر الفعل . ﴿الثالث﴾ أن يأتي آخر الوقت وهو متمكن من الحنث وغير متمكن من البر بأن يكون ممنوعاً من شرب الماء ودخول الدار بحبس أو غيره وهما باقيان ولم يتقدم منه قبل الحبس حنث بالمزم على الترك فهذا لا يحنت بخروج الوقت لأنه خرج وهو غير متمكن من البر وهو لا يحنت إلا مع التمكن منهما لكنه يمكن حنثه وذلك بالمزم على الترك بعد المنع والحبس حيث بقى له فعل على الشرب ودخول الدار لإمكان ذلك بخلاف إهراق الماء أو خراب الدار فقد تعذر الفعل فلا حكم للمزم على الحنث . ﴿الرابع﴾ عكسه وهو أن يأتي آخر الوقت وهو متمكن من البر دون الحنث كأن يحلف لأخرج من الدار فحبس فيها فهو متمكن من البر وهو المزم على الوقوف فيها حتى يخرج الوقت وهو غير متمكن من الحنث وهو الخروج ، وهذا أيضاً لا يحنت لعدم

التمكن من الحنث . وبهذا عرفت أنه لا يحنث إلا في الصورة الأولى وهي منطوق الأظهار بخلاف الثلاث الصور وهي مفهومة .

﴿ وضابط ذلك ﴾ أن تقول العزم على الحنث حنث فيما الحنث فيه ترك المحلوف عليه، وليس العزم على الحنث حنثاً فيما الحنث فيه فعل الشيء المحلوف على تركه حتى يفعله ولا العزم على البر برأ فيما البر فيه فعل أو ترك ، ولا يقع الحنث بالعزم على الترك إلا مع كون الفعل ممكناً في نفسه عند العزم على الترك ولو كان متعذراً من جهة الحائث كأن يكون ممنوعاً منه لا حيث صار الفعل متعذراً في نفسه فلا حكم للعزم على الحنث كأن يكون قد أهرق الماء أو خربت الدار أو نحو ذلك كما تقدم .

﴿ مسألة ﴾ (١) فإن قال أنت طالق إن خرجت إلا أن آذن لك اعتبر إذنه لها مرة فقط ثم تنحل يمينه من بعد وكذا لو قال إلا أن يمرض أبوك أو نحو ذلك فمتى مرض انحلت اليمين لأنه نظير قوله إلا أن آذن لك، ومتى حنث في ذلك كله مرة انحلت اليمين إلا أن يقول كلما خرجت فإنه يتكرر الحنث .

﴿ مسألة ﴾ فإذا قال أنت طالق إن خرجت بغير رضائي ثم رضى لها سرّاً ولم تعلم وخرجت لم تطلق ، وإن قال إن خرجت بغير إذني أو إلا أن آذن لك ثم آذن لها سرّاً ولم تعلم وخرجت فلا يحنث لأن الإذن بإباحة ولا يعتبر العلم بالإباحة ﴿ و ﴾ من أحكام الطلاق ﴿ سواء ترتب على شرط وجزاء كالحلف به أم لا إنه ﴾ يتقيد بالاستثناء ﴿ ولو بالنية مع المصادقة نحو أن يقول أنت طالق إن كلمت زيداً إلا ضاحكة فإنها لا تطلق إذا كلمته ضاحكة لأنه قد استثنى هذه الحالة، وأقل الضحك التبسم . وسواء كان السبب

(١) من البيان هذه المسألة وما بعدها من فصل الحلف بالطلاق. قال في هامش البيان : هذه المسألة وردت من ينبع، وأجاب فيها الفقيه حميد بن محمد المحلى. وقال في اللمع وهي نظيرة إلا أن آذن لك أم .

منها أم من غيرها أم لغير سبب . ويصح تقديم المستثنى على المستثنى منه نحو أنت إلا واحدة طالق وما أشبه ذلك . وإعنا يصح الاستثناء بشرطين : ﴿ الأول ﴾ أن يكون ﴿ متصلاً ﴾ بالجملة الأولى فلو سكت على الجملة زماناً ثم استثنى لم يصح استثناءه من بعد إلا أن يكون سكوته لتنفس أو بلغ ريق أو عطاس أو لبدور القيء فلا يمتنع استثناءه سواء كان عازماً عليه أم لا . ﴿ الشرط الثاني ﴾ أن يكون ﴿ غير مستغرق ﴾ للمستثنى منه فلو قال أنت طالق واحدة إلا واحدة لم يصح الاستثناء ويقع واحدة ، ويصح عندنا استثناء الأكثر من الزوجات ومن التطبيقات فن الأول أن يقول أنتن إلا فلانة وفلانة وفلانة طالق وهن أربع فتطلق واحدة ، ومن الثاني أن يقول أنت طالتي ثلاثاً إلا اثنتين فإنها تقع واحدة عندنا وفائدته أنه لا يكون بدعيًا . ﴿ ولو ﴾ كان الاستثناء متملقاً ﴿ بمشيئة الله تعالى أو ﴾ مشية ﴿ غيره ﴾ ولو كان الغير نفسه نحو أن يقول أنت طالق إلا أن يشاء الله حبسك أو إلا أن يشاء أبوك فإنها لا تطلق إن شاء الله إمساكها حيث علق بمشيئة الله أو شاء أبوها إن علق بمشيئته ، فإذا قال أنت طالق إلا أن يشاء الله حبسك فيحتمل إلا أن يشاء الله طلاقك ويحتمل إلا أن يشاء الله حبسك فله نيته . فأما لو كان مراده إلا أن يشاء الله عدم طلاقك أو لم يكن له نية فيه فهذا هو الظاهر من لفظه واستثنائه فحيث يكون طلاقها واجباً أو مندوباً أو مباحاً ^(١) طلقت لأن الله لا يشاء إمساكها ، وإن كان محظوراً أو مكروهاً لم تطلق لأن الله تعالى لا يشاء ^(٢) طلاقها ، ويعرف حصول مشية الله تعالى أو عدمها بحصول متملقها أو عدمه خارجاً في أحد الأحكام الخمسة بما ظهر من قرائن الأحوال ،

(١) واستشكل بعضهم مباح الطلاق بل نفاء فلا يستوعب الأحكام الخمسة عنده اه كما في حواشي شرح الآثار .

(٢) فإن قال أنت طالق إن شاء الله طلاقك أو إن شاء الله حبسك وهي زانية حائض فالأقرب أنه لا يقع الطلاق لأن الطلاق في الحيض محظور والزنا موجب لطلاقها وترك الواجب أهون من فعل المحظور ، أشار إلى معناه السعولي ، وهو سبجه على قواعد المذهب كما مر اه .

وأما مشية غير الله فتعرف بإقراره أنه قد شاء ولا حكم لمشيئة المجنون والصبي حيث لا يميز فإن ميز صح، وكذا يقع من السكران إن شاء في المجلس في الإثبات لا في النفي فيقع في الحال في جميع الصور كما يأتي، فلو علق الطلاق بمشيئتها فقالت شئت وهي كاذبة فإنه يقع في الظاهر لا في الباطن. قال في النيث ما معناه: فلو قال أنت طالق لولا الله أو لولا أبوك لم يقع لأن معنى لولا امتناع الشيء لوجود غيره فكأنه قال لست بطالق لوجود أبيك.

﴿ فيعتبر المجلس ﴾ قبل الإعراض في حصول المشيئة لا في انتفاؤها فيقع في الحال في حق مشيئة الله تعالى ومشية غيره ولو نفسه إلا أن مشيئة الله تعالى يعتبر حصولها في المجلس ولا كلام. وأما مشية الغير فيعتبر المجلس إن كان حاضراً وإن كان غائباً فله مجلس بلوغ الخبر فلو شرك بين مشيئة الله تعالى ومشية غيره أو بين مشيئة زيد وعمرو لم يقع الطلاق إلا باتفاق المشيئين فإن لم تتفق فلا طلاق نحو إن شاء الله ثم شاء أبوك أو إن شاء زيد وعمرو.

﴿ و ﴾ أما الاستثناء بلفظ ﴿ غير ﴾ نحو ما معه غير عشرة أ ﴿ وسوى ﴾ عشرة « أو خلا » كذا أو عدا كذا فإنه ﴿ للنفي ﴾ أى لنفى ما زاد على العشرة، وأما إثباتها فالعبرة بالعرف، ففي عرفنا أنه يقتضى إثباتها فتلزمه للمقر له ويكون كاذباً في أخباره إن لم تكن كذلك بل ناقصة أو زائدة، ويقع الطلاق وهو المختار للمذهب. ﴿ و ﴾ أما ﴿ إلا ﴾ فإنها ﴿ له ﴾ بمعنى للنفي ﴿ مع الإثبات ﴾ لما دخلت عليه. فلو قال ما أملك إلا عشرة دراهم كان ذلك نفياً لما عدا العشرة وإثباتاً للعشرة، فلو كان في ملكه أقل من العشرة أو أكثر كان كاذباً.

﴿ فرع ﴾ لو حلف لا أكل هذه الرمانة أو نحوها غيره فألقيت في البحر لم يحث لعدم العلم أو الظن بأكل الغير لها. والأصل عدم الأكل وبراءة الدمة من

الحنف إلا أن يشاهد حيواناً في البحر آكلها أو يغلب في ظنه ذلك حنف ، وطلقت زوجته حيث علق الطلاق بذلك ، ولو حلف لا أكلها إلا هو فألقت في البحر حنف بمجرد الإلقاء إن لم يمكن استخراجها لأنه لم يأكلها سواء علم أو ظن أكل غيره لها أم لا إذ المحلوف عليه في الصورة الأولى هو عدم أكل الغير لها فلا يحث إلا إذا غلب في ظنه خلاف ذلك وهو الأكل ، وفي الأخرى المحلوف عليه هو أكله لها فإذا ألقت في البحر تعذر أكلها فيحث مطلقاً وتطلق زوجته حيث علق الطلاق بذلك .

﴿ قيل و ﴾ إذا كان الاستثناء بلفظ ﴿ إلا أن ﴾ فإنه يكون ﴿ للفور ﴾ فلو قال لامرأته أنت طالق إلا أن تدخل الدار أو إلا أن تقوى أو إلا أن يقوم زيد فإن لم تنهض للدخول وتقوم في الحال وهو المجلس أو يجلس بلوغ الخبر فإنها تطلق ولو قامت أودخلت من بعد ، والقائل بذلك أبو العباس وأبو طالب والمختار للمذهب أن هذا اللفظ بمعنى الشرط فهو بمعنى إن لم تدخل الدار وإن لم للتراخي كما تقدم فلا تطلق إلا في الوقت الذي يقع فيه المعجز عن القيام أو الدخول وهو آخر الوقت الذي يعقبه لنزاع الموت أو تعذر الفعل كخراب الدار ونحوها . « فإن قلت » ما الفرق بين هذا وبين قوله فيما مر « إلا أن يشاء أبوك ؟ » « قلت » هي هناك تعليق وتعليك فاعتبر الفور في المجلس بخلاف ما هنا فهي تعليق محض فاعتبر فيه التعمد أو المعجز إلا إذا قصد الفور وصادقته الزوجة أو بين على إقرارها بذلك فله نيته واعتبر المجلس في ذلك .

﴿ فصل ﴾

﴿ ١٧٠ ﴾

﴿ و ﴾ الطلاق ﴿ يصح ﴾ للزوج الذي يصح منه إيقاع الطلاق كما تقدم ﴿ توليته ﴾ من شاء كزوجته أو غيرها . ولو كان المملوك بفتح اللام أو الموكل صغيراً مميزاً أو عبداً أو كافراً أو جماعة . فالتولية على قسمين تملك وتوكيل ، ولهذا أشار الإمام عليه السلام إليهما بأما القاسمة وقدم التملك فقال ﴿ إما بتمليك ﴾ والامتنال كالتبول فلا

يحتاج معه إلى التصريح بالقبول ويصح تمليك سائر العقود كالبيع ونحوه ويكون بمعنى التوكيل .

واعلم أنه يصح من المملك « بفتح اللام » أن يوكل ويملك غيره بمثل ما ملك أو دونه لا أكثر قياساً على الحاكم في أن له أن يولى غيره فيما وليه أو دونه لأكثر بخلاف الوكيل فليس له أن يوكل غيره إلا أن يفوض ولا بد من الإضافة من الوكيل كما في النكاح لأن الطلاق من توابعه بخلاف الملك فلا يحتاج إلى إضافة إلى الملك وليس للمملك أن يطلق دوراً لأنه لم يؤمر به .

﴿ و ﴾ التمليك ضربان: صريح فلا يحتاج إلى نية ، وكناية فيحتاج إلى النية : أما ﴿ صريحه ﴾ فهو ﴿ أن يملكه ﴾ الغير ﴿ مصرحاً بلفظه ﴾ يعني بلفظ التمليك مقيداً بالطلاق كأن يقول لها ملكتك طلاقك أو يقول لغيرها ملكتك طلاقها ، أو جعلت طلاقك إليك أو طلاق زوجتي إليك ، فلفظ جعلت مما يقتضى التمليك في العرف ، وكذا وهبت أو نذرت أو تصدقت عليك بطلاقك أو عليك بطلاقها أو نحو ذلك من ألفاظ التمليك عرفاً ، لا بلفظ البيع كبت منك طلاقك أو بت منك طلاقها فلا يصح إذ هو حق وبيع الحقوق لا يصح ولو أريد به التمليك .

﴿ فرع ﴾ فلو نوى بصريح التمليك التوكيل أو العكس صح مع المصادقة إذ صريح كل واحد منهما كناية في الآخر .

ومن صرائح التمليك قوله ﴿ أو يأمر به ﴾ أى بالطلاق ﴿ مع ﴾ قوله المأمور ﴿ إن شئت ﴾ نحو أن يقول طلق نفسك إن شئت أو طلقها إن شئت ﴿ ونحوه ﴾ يعني نحو التعليق بالمشيئة كأن رضيت أو إذا رضيت أو إذا شئت أو متى أذنت ولو أتى بلفظ التوكيل مع قوله إن شئت ونحوه فإنه يكون تمليكاً لأن ما علق بالمشيئة الوكيل فهو تمليك نحو وملكك طلاقك إن شئت أو إن رضيت . وأما إذا شارك في المشيئة نحو أن

يقول طلقى نفسك إن شئت وشاء أبوك أو طلقها إن شئت وشاء زيد فهو توكيل وليس بتمليك إذ لم يجعل التصرف في إثبات الطلاق وعدمه إلى صاحب المشيئة .

﴿ فرع ﴾ فلو قال المشروط بمشيئته شئتُ « بضم التاء » إن شئتُ « بفتحها » فقال الزوج شئتُ « بضمها » لم يقع شيء . فهذه صرائح التمليك . وأما كنايةه فأشار عليه السلام بقوله ﴿ وألا ﴾ بصرح بلفظ التمليك مقيداً بالطلاق ولا أمر به مع إن شئت ونحوه ﴿ فكناية ﴾ تمليك يعتبر فيها النية كما تقدم ﴿ ك ﴾ أن يقول لزوجته ﴿ أمرك ﴾ إليك ﴿ أو ﴾ يقول لغيرها ﴿ أمرها إليك ﴾ أو بيدك فإن نواه تمليكا صح أولاً يصح من الزوج الرجوع فيه بالقول لا بالفعل فيصح وإن نواه توكيلاً صح له الرجوع بالقول أو الفعل وإن لم ينو شيئاً لم يكن تمليكاً ولا توكيلاً كما لو لم ينو شيئاً بكناية الطلاق والقول للزوج في ذلك ولا يصح التوكيل ممن قد طلق رجماً قبل أن يراجع كما لا يصح منه الطلاق ولهذا قيدنا التولية بأن تكون ممن يصح طلاقه ليخرج هذا ونحوه ممن لا يصح طلاقه كما تقدم، فلو جمل ذلك مشروطاً كأمرك إليك إن دخلت الدار كان ذلك كناية في تمليكها الطلاق مشروطاً بدخولها الدار إذ يصح تقييده بالشرط وتوقيته بالوقت أيضاً كما يأتي .

﴿ أو ﴾ يقول لها ﴿ اختاريني أو نفسك ﴾ فهو كناية في تمليكها لطلاق نفسها أيضاً ولا بد أن تذكر نفس المرأة في كلامهما معاً نحو أن يقول اختاريني أو نفسك فتقول اخترت نفسي أو في كلام الزوج وحده نحو أن يقول اختارني نفسك فتقول المرأة اخترتُ أو في كلام الزوجة نحو أن يقول اختارني فتقول الزوجة اخترت نفسي ويصدقها أنه قصد نفسها بالطلاق ، وإن لم تذكر نفس المرأة في كلام أيهما نحو أن يقول اختارني فتقول المرأة اخترت لم يكن شيئاً إلا أن يريد ذلك ويتصاذا عليه ، وكذا لو قال اختاريني أو نفسك فقالت اخترت أو اخترت الأزواج أو قال اختاريني فقالت اخترت نفسي فلا يقع شيء لأنه في الصورة الأولى خيرها بين أحدهما إمام نفسها

أو نفسه فلم تختَر أيهما ، وفي الثانية أمرها أن تختار ولم يأمرها باختيار نفسها . وهذا ليس بتعليك للطلاق لا صريح ولا كناية . وأما لو قال اختارى أبويك فاخترتهما كان طلاقاً لا اختارى أخاك أو أختك فلا يقع طلاق ، ووجه الفرق أن للأبوين من مزيد الاختصاص والمزية ما ليس لغيرهما فكان اختيارها لهما كاختيارها لنفسها، وكذا لو قالت اخترت أهلي أو بيتنا أو أبى أو أمى فإنه يقع طلاق .

﴿ نعم ﴾ فإن لم يقع من المملك طلاق ولا اختيار فلا شيء . وأما إذا وقع منه طلاق أو اختيار فإنه يصح ﴿ فيقع ﴾ طلاقه ﴿ واحدة ﴾ بصفة ما هي عليه رجعية أو بائمة إن كانت ثالثة أو قبل الدخول لا غير إذ ليس له أن يطلق على عوض مع الاطلاق كما يأتي ولو في اختيارها لنفسها . ووقوع تلك الطلقة يكون إما ﴿ بالطلاق ﴾ من المملك فقول حيث هي المملكة طلقت نفسى أو يقول غيرها حيث هو المملك طلقتها وهذا راجع إلى المثاليين الأولين من الكناية ﴿ أو الاختيار ﴾ منها وقد قال اختارى أو نفسك أو أهلك أو أباك أو أمك فقالت اخترت أو نحو ذلك فإنها أيضاً تقع طلاق بصفة ما هي عليه . وهذا يرجع إلى المثالي الثالث منها ، وقولها اخترت صريح فلا يحتاج إلى نية من الزوجة بل العبارة بنية الزوج . « قال فى النيه » فإن قال طلق نفسك إن شئت فقالت اخترت نفسى فالأقرب أنه كناية طلاق فيحتاج إلى نية ، فإذا طلق الزوج بعد تعليق الطلاق صح إذ هو الأصل وبطل التعليك فيكون رجوعاً عنه بالفعل ولهذا صح الرجوع بالفعل فى التعليك قبل الطلاق سواء كانت أولى أو ثانية أو ثالثة فإن المملك ينمزل بتولى الزوج الطلاق .

﴿ فرعان ﴾ : « الأول » لو قال الزوج لها جعلت أمر التعليك إليك فقالت طلقت نفسى وقعت طلاق لأن الطلاق متضمن للقبول كما تقدم فلا يقوم عدم القبول به . « الثانى » لو قال لنيرها طلقها غداً إن شئت فهذا تعليق مؤقت يصح من المملك أن يطلقها فى الغد جميعه ولو لم يقبل فى المجلس كما يأتى .

﴿واعلم﴾ أنه لا يقع واحدة بالطلاق أو الاختيار إلا بشرطين : ﴿أحدهما﴾ أن يقعا ﴿في المجلس﴾ الذي وقع فيه التملك إن كان الملك حاضراً فيه أو مجلس بلوغ الخبر إن كان غائبا إن كان التملك مطلقاً أى غير مؤقت فلو طلقت أم اختارت نفسها أو طلقها ذلك الشخص الذى ملك طلاقها في غير مجلس التملك أو بلوغ الخبر لم يقع شيء إلا بتجديد لفظ التملك .

﴿الشرط الثانى﴾ أن يقع الاختيار أو الطلاق في ذلك المجلس ﴿قبل الاعراض﴾ إذا كان التملك مطلقاً أيضاً فهما لم يحصل إعراض من الملك زوجة كانت أو غيرها بعد التملك في المجلس فله الطلاق والاختيار ولو طال المجلس والظاهر في السكوت عدم الاعراض ولو طال ما لم يمد أعراضاً ويبين مدعى الاعراض . والظاهر في الأفعال والأقوال أنها إعراض إلا ما يكون اهتماماً في العادة بالمطلوب نحو أن تكون مضطجعة أو قائمة فتقدم ، أو تقول ادعوا أبى أو أمى أو الشهود ولم يكونوا حاضرين في المجلس وكان ذلك القول أو الفعل يسيراً لا يمد إعراضاً في العادة ، أو تكون في صلاة فريضة فتتمها وإن كان الوقت موسعاً أو تبدئها لضيق الوقت لم يكن إعراضاً ، وإن كانت في صلاة نفل أتمتها ركعتين إذ هي أقل النفل ولا يكون إعراضاً إلا ثلاثاً أو أربعاً وابتدأتها فيكون إعراضاً . والقعود والاتكاء لا يمنع بل القيام والاضطجاع والأكل وابتداء الشرب فيكون إعراضاً لا إتمامه . فلو قام الزوج وبقي الملك في مجلسه فهو على اختياره ولا يكون قيام الزوج إعراضاً مانعاً للملك من الطلاق أو الاختيار . وإن كان القيام الموجب في سائر التملكيات يمنع القبول من الآخر . ووجه الفرق بين هذا وسائر التملكيات أنه هنا لا يصح الرجوع منه بالقول فلم يضر قيامه بخلافها فتبطل بقيام المبتدى قبل القبول ونحوه من المجيب لأنه يصح الرجوع فيها وقيامه كرجوعه ، وهذا في التملك المطلق لا في التملك المؤقت أو المقيد بالشرط . فان كان مؤقتاً أو مقيداً نحو ملكتك طلاقها شهر آ أو يوماً وإذا

جاء زيد فقد ملكتك طلاقها فله أن يطلق متى شاء في جميع ذلك الوقت أو عند قدوم زيد مرة واحدة ولو في مجلس آخر كما يأتي قريبا .

ويعتبر المجلس في التملك (إلا المشروط بغير إن فیه وبعدة) نحو طلق نفسك متى شئت أو كلما شئت أو إذا شئت أو إذا ما شئت فلها أن تطلق في المجلس وبعدة ولو لم تقبل في المجلس . قال الإمام عليه السلام : وقولنا « المشروط » احتراز من غير المشروط نحو قوله أمرك إليك أو ملكتك طلاقك فإن هذا يعتبر فيه المجلس . قال وقولنا « بغير إن » احتراز من المشروط بأن نحو طلق نفسك إن شئت فإنه يعتبر فيه المجلس للحاضر وللغائب مجلس بلوغ الخبر كما تقدم فلو قبلت في المجلس لم يصح أن تطلق في غيره ولا عبرة بالقبول هنا .

(و) إذا ملك الزوج غيره طلاق زوجته أي التملكين الذي يعتبر فيه المجلس والذي لا يعتبر فيه فإنه (لا رجوع) له بالقول ولو قبل القبول بالامتنال (فيهما) ولو كان التملك بلفظ الهبة كما لا يصح رجوعه عن الطلاق وإن صح الرجوع في تملك المال لأن الطلاق إسقاط والاسقاط لا يصح الرجوع فيه بخلاف تملك المال فإنه إثبات وليس باسقاط فالرجوع فيه صحيح . أما لو تفاسخا بعد التملك أو رجع بالفعل فطلق الزوج بنفسه صح طلاقه وانعزل سواء كانت أولى أم ثانية أم ثالثة كما تقدم ، فلو ملكه ولم تبق إلا طلبة إفايهما بدأ بفعلها بانت بها . . . وحسن المخرج في إبطال التملك « يكون بالدور القبلي فيقول أنت طالق قبيل أن يقع عليك طلاق من المملك » ، وكذا التفاسخ إن حصل بطل به التملك أيضا كما يبطل بتولي الأصل سواء كان قبل الدخول أم بعده بإبطال التملك يكون بإحدى الثلاث الصور . (ولا) يصح (تكرار) الطلاق من المملك لأنه لا يملك بالتملك إلا واحدة فإذا قال طلق نفسك إن شئت أو متى شئت لم يكن لها أن تطلق نفسها بأكثر من واحدة ولو تناولت صيغة التملك عموم الأوقات كالمشروط بغير إن نحو متى شئت

ومعها شئت فإذا راجعها لم يكن لها تكرار الطلاق سواء كانت هي المملكة أم غيرها وكذا سائر التمليكات المشروطة بالبيع والهبة والنذر والصدقة والعق و غيرها ﴿ إلا ﴾ الشروط ﴿ بكلمة ﴾ نحو أن يقول طلق نفسك كلما شئت أو طلقها كلما شئت فإن التملك هاهنا يقتضى مع المراجعة التكرار كما مر .

﴿ القسم الثانى ﴾ من قسمى تولية الطلاق قوله ﴿ وإما بتوكيل ﴾ وصورته أن يقول وكلتك على طلاق نفسك ، وللغير وكلتك على طلاقها أو طلاق فلانة .

﴿ فرع ﴾ وللتوكيل صريح ، وكناية ، فصريحه طلقى نفسك ، وطلقها بلفظ الأمر ، أو وكلتك على كذا أو بكذا أو نحوها مما هو صريح فى التوكيل مع تعليقه بالطلاق فلا يفتر صريحه إلى نية ، وكنايته ككناية التملك فتعتبر النية .

﴿ ومنه ﴾ أى من صريح التوكيل ﴿ أن يأمر به ﴾ أى بالطلاق ﴿ لامع إن شئت ﴾ كأن يقول طلقى نفسك أو طلقها ولم يقل إن شئت ﴿ و ﴾ لا ﴿ نحوه ﴾ إذا شئت أو متى شئت أو كلما شئت لأن ما تعلق بمشيئة الوكيل كما مثلنا فهو تعليق لا توكيل ولو كان بلفظ التوكيل كوكلتك على طلاقها إن شئت ويعتبر فيه المجلس كما مر . هذا إذا أسند المشيئة إلى الوكيل وأما إذا أسندها إليه وإلى غيره كان شئت وشاء فلان فهو توكيل ولو بلفظ التملك كما مر .

﴿ فرع ﴾ ومن حلف لا طلق زوجته ثم وكل به حنث لأن الوكيل نائب عنه بخلاف التملك فإن وكلها فقالت أبنتك صح لا لو قال طلقتك إذ يوصف بالأول دون الثانى ، ومعها كانت توليته للغير بتوكيل لا تعليق ﴿ فلا يمتبر ﴾ أن يطلق الوكيل فى ﴿ المجلس ﴾ بل له أن يطلق فى المجلس وغيره إلا أن يوقت فله ذلك حتى ينتهى الوقت كما يأتى .

﴿ ويصح ﴾ من الموكل ﴿ الرجوع ﴾ عن الوكالة بأن يعزله إما بقول أو فعل نحو أن يقول قد عزلتك أو يتولى الطلاق بنفسه ﴿ قبل الفعل ﴾ للطلاق من الوكيل

﴿مالم يحبس﴾ الموكل التوكيل فإن حبسه لم يصح الرجوع وصورة التحبيس أن يقول وكلتك على طلاق زوجتي وكلما عزلتك فأنت وكيل أيضا في ذلك ﴿إلا﴾ أن ينقض التحبيس ﴿بمثله﴾ فإنه ينتقض. وصورة ذلك أن يقول كلما صرت وكلا صرت معزولا^(١) وهذا أحسن مخرج في عزل التوكيل بعد تحبيس الوكالة أو يعزل الوكيل نفسه في وجه الأصل أو علمه بكتاب أو رسول إلا أن يقول كلما انزلت صرت وكلا لم ينمزل بمنزل نفسه فإن طلق الزوج كان طلاقه عزلا للوكيل ولو كان التوكيل محبا لأن العموم إنما يتناول العزل بالقول لا الفعل الموكل فيه وكذا المملك كما مر .

﴿ومطلقهما﴾ أى التوكيل والتملك لا يكون إلا ﴿لواحدة﴾ فقط بشرط أن تكون ﴿على غير عوض﴾ إلا أن يفوض . وصورة المطلق أن يقول طلقها أو وكلتك أن تطلقها أو طلق نفسك أو وكلتك على طلاقك فلا يصح من الوكيل في صورة التحبيس . والمطلق أن يقع إلا واحدة ولو قبل الدخول أو كانت ثالثة لا أكثر. ولو كان الموكل ممن يقول بالثلاث فلو طلقها اثنتين أو ثلاثا لم تقع إلا واحدة ولو كان الزوج يملك غيرها ولا يصح أن يطلق بموض فإن فعل كان موقوفا على الإجازة إن كان عقداً لا شرطا ولا يصح التوكيل بالبدعى فإن أطلق فطلق بدعيا وقع حيث مذهب الزوج وقوعه، فإن وكله بالثلاث للسنة صح وكانت الرجعة في ذلك للأصل فلا تقع الثانية والثالثة إلا بعدها . فلو كان الوكيل أو المملك مفوضا فله أن يطلق أكثر من واحدة وعلى عوض .

﴿ويصح تقييدهما﴾ أى التوكيل والتملك بالشرط نحو أن يقول إذا جاء زيد فقد وكلتك أو مملكتك تطلق امرأتى ﴿وتوقيتهما﴾ بما يصح أيضا نحو أن يقول

(١) ولا يصح فعله بعد هذا ولو وكله وكالة جديدة اهـ .

وكلتكم أو ملكتكم أن تطلقها في هذا الشهر أو نحو ذلك فإن أوقع الطلاق في المدة المؤقتة وإلا بطل التملك والتوكيل بمضيها .

﴿و﴾ إذا اختلف الأصل والوكيل في إيقاع الطلاق من الوكيل وعدمه في مدة التوكيل كان ﴿القول بعد^(١)﴾ ذلك ﴿الوقت﴾ أو بعد العزل حيث وقع الاختلاف بعده ﴿للاصل^(٢)﴾ وهو الموكل والمالك ﴿في نفي الفعل﴾ أى إيقاع الطلاق هنا لأن الوكيل بعد مضي الوقت قد انمزل والظاهر أنه لم يكن قد طلق في ذلك الوقت المؤقت لأن الأصل عدم الطلاق ﴿لا﴾ إن اختلفا في ﴿حاله﴾ أى حال الوقت ﴿فلو وكيل﴾ أى قال قول الوكيل من غير عيب في أنه قد طلق لأنه في ذلك الوقت غير منمزل فيصح منه الإنشاء في تلك الحال ، ومن صح منه الإنشاء صح منه الإقرار . قال في البرهان «ولا تصح بيعة الزوج بأن الوكيل لم يطلق لأنها على نفي، ولا على إقراره بأنه لم يطلق لأنه إقرار على النفي وهي الزوجة إلا أن تكون البيعة على إقرار الزوجة .. قال في حاشية السحولي : « فلو ادعى المالك أو الوكيل أنه قد طلق وقد ماتت الزوجة أو الزوج لم يقبل إلا ببينة » فلو كان الزوجان باقين فلا معنى لإنكاره في حق المالك لأنه لا يصح الرجوع في الوقت في التملك الموقت بنفي الفعل ، والحيلة في عدم قبول قول الوكيل أن يعزله الموكل ثم يخاصمه في عدم الطلاق لأنه بعد العزل لا يصح منه الإنشاء فلا يصح إقراره .

﴿سؤال﴾ وهو أن يقال إن الوكيل ينمزل بالفراغ مما وكل فيه فإذا ادعى أنه قد كان فعل في الوقت قبل حالة الخصام فقد أقر على نفسه أنه معزول وإذا صار معزولا في الحال لم يصح منه الإنشاء كما قلتم بعد العزل فلم يقبل قوله حاله ؟؟

(١) فإذا اشق العزل والطلاق فالطلاق أولى فيقع . وكذا لو التبس العزل والطلاق فلا اعتبار بالأصل الثاني وهو بقاء الوكالة فيقع الطلاق اهـ
(٢) هذا عام في الطلاق وغيره اهـ

﴿الجواب﴾ أنا إنما قلنا بصحة قوله ووقوع الطلاق منه لأنه في تلك الحال لو جعل بدله الإقرار بالفعل طلاقاً لصح منه إنشاؤه ولم يحكم بالعزل إلا بعد الحكم بوقوع الطلاق فلم يكن معزولاً عند التلفظ بالإقرار بإيقاع الطلاق وإذا لم يكن معزولاً فهو باق على الوكالة فلماذا صح تصديقه .

﴿مسئلة﴾ ومن قال لغيره أخبر امرأتى بطلاقها - أو بشرها - كان إقراراً بالطلاق في الظاهر فقط وسواء أخبرها الرسول أم لا ، لا في الباطن فله نيته إلا أن تصادقه أقرّاً على النكاح في الظاهر حيث لم يرد بذلك الإنشاء ولم يسبق منه طلاق ، ولو قال قل لها هي طالق طلقت ولو لم يقل لها الرسول ، فلو أراد وقوع الطلاق حين يقول لها الرسول فإنها تصح نيته في الباطن وإن قال أردت توكيله بطلاقها فكذا أيضاً . وإن قال له قل لها أنت طالق فهو توكيل له بطلاقها .

﴿مسئلة﴾ وإذا وصل الزوجة كتاب على لسان الزوج بالطلاق أو رسوله لم يلزمها قبوله إلا بشهادة عدلين ، هذا في الظاهر وأما في الباطن فتعمل به إذا ظنت صدقه فيما هو لها لترك النفقة من ماله ونحوها وفيما هو عليها نحو التزويج بغيره إذا أقرت بصدقه كأمراة المفقود إذا أخبرها عدل بموته أو طلاقه .

﴿١٧١﴾ باب الخلع^(١)

﴿إنما يصح﴾ بشروط أربعة ﴿الأول﴾ أن يقع ﴿من زوج مختار أو نائبه﴾ به ولو هي ، وقوله زوج فلا يصح من الأجنبي ولا من زوج قد طلقها من قبل ولو

(١) الخلع بالفتح والضم هو في الأصل مصدر خلع الرجل ابنه تبرأ منه فلا يؤاخذ بغيرته ، وامرأته طلقها على فدية . وفيه معنى الإزالة والإلقاء والتخية في جميع موارد استعماله حقيقة أو مجازاً كخلع ثوبه ونعله ، وخلع عذاره كناية عن قلة الحياء وخلع الأمير نجاه وأزاله عن رتبته وخلع عليه خلعة - بالسكون والضم - إذا أعطاه قطعة من ماله . وأما صاحب المصباح فجعل الخلع بالضم لاسم =

رجميا إلا بعد المراجعة . وقوله مكاف يحترز من الصبي والمجنون ولو مميز ولو إذن لها وليهما فلا يصح خلعهما لأنفسهما كما لا يصح طلاقهما إلا بالنيابة كما تقدم في تولية الطلاق ويصح من السكران سواء كان زوجا أم زوجة ، وسواء كان الخلع عقداً أم شرطاً . وقوله مختار فلا يصح مخالفة المكره كما لا يصح طلاقه ما لم ينوه أو يكون مكرها بحق كما تقدم في صور اللبس . فهما كان الزوج جامعا لهذه القيود الثلاثة صحّت مخالفته سواء كان حراً أم عبداً صحيحاً أم مريضاً مطلقاً التصرف أم محجوراً عليه ، وهكذا يصح من نائبه وهو وكيله به أو كان مفوضاً في تولية الطلاق أو فضولاً ولحقته الإجازة من الزوج أو الزوجة أو منهما إذا كان عقداً لا شرطاً ولو كان النائب امرأة سواء كانت المخالفة أو غيرها فيصح توكيلها به إذ هو عقد معاوضة ويصح أن يتولى طرفيه واحد ويصح بالرسالة والكتابة ولو تضمن شرطاً كأنت طالق على ألف إن دخلت الدار .

﴿ الشرط الثاني ﴾ أن يكون الخلع على أحد وجهين : « الأول » أن يأتي في لفظه ﴿ بمقد ﴾ والمراد به هنا ما يقابل الشرط لأن الخلع ينقسم إلى عقد وشرط وليس المراد بالمقد المتضمن للإيجاب والقبول وإلا لما صح قوله مع القبول كما يأتي ولأن العقد كما يطلق على الإيجاب والقبول مما يطلق على الإيجاب فقط كما يأتي في مواضع من الكتاب ، وعبرة الأئمة « إما بمقد لإيجاب وقبول أو ما في حكمه » وهي أجلى لتفسيره المراد بالمقد بإضافته إلى الإيجاب وعدم الفصل بينه وبين القبول فيكون المراد به هنا هو الإيجاب فقط وهو ما أتى فيه بأحد حروف « علب » إما بالباء أو بـ « لب » أو باللام

== مصدر وهو مخالف لما في غيره . قال وهو استعارة من خلع اللباس لأن كل واحد منهما لباس للآخر ، فإذا فُلا ذلك فكان كل واحد تزع لباسه عنه انتهى . ثم غلب استعمال المضموم على نوع خاص من أنواع الطلاق البائن حتى صار حقيقة عرفية خاصة . قال في الأثر : هو طلاق أى بائن على عوض مال أو في حكمه . وفي البيان هو طلاق بائن يمنع الرجعة والطلاق بعده كما يأتي ١ هـ

نحو : أنت طالق بـالفِ أو على ألفٍ أو لألفٍ ، وهكذا إذا قال خالعتك على ألف أو بـأنتك عليه مع النية لأنه كناية في الخلع والطلاق . قال المنصور بالله : ومن هذا لو قال طلاقك بصدافتك مطلقاً أو ببراءتك إن كان في ذمته فقالت أبرأت أو قبلت . وكذا لو قال بشرط البرء فهو عقد في وضع الشرع إلا أن يكون عرفهم استعماله للشرط كان شرطاً فلا يقع الطلاق إلا بمحصول الشرط في المجلس أو مجلس العلم به كالمعقد إلا أن يريد متى حصل الشرط قريباً أو بعيداً كان شرطاً محضاً فلا يعتبر المجلس . قال في البيان : ويصح بلفظ البيع ويكون كناية وصورته أن يقول بعث منك نفسك بـالف أو شريت مني نفسك بـالف وكذا لو قال النير بعث مني زوجتك بكذا فقال بعث أو ضم ونوى طلاقها صح ويكون خلماً ، وحيث أراد البيع أو لم يرد شيئاً لم يقع شيء لأن لفظ البيع كناية خلع مع نية الطلاق . ومنه إذا باع رجل زوجته من آخر بزوجه وزيادة بقرة مثلاً وقبل الآخر طلقت زوجة الذي شرط البقرة خلماً واستحق البقرة وتطلق زوجة الآخر رجعيًا مع قصد الطلاق لأنه من كنيات الطلاق .

﴿ الشرط الثالث ﴾ أن يكون الخلع معقوداً ﴿ على عوض مال ﴾ مظهر لا مضمهر وأقله ما له قيمة في القيمي وما لا يتسامح بمثله في المثلي مما يصح تملكه للزوج فلا يصح أن يكون خيراً أو خنزيراً في حق المسلم ﴿ أو في حكمه ﴾ يعني في حكم المال وهي المنفعة كسكنى وخدمة ونحو ذلك من سائر المنافع التي يلزم على مثلها أجره ويلزم أدائها إن لم يمين قدرها في المقدم نحو طلقتك على سكنى دارك سنة أو على محل كذا إلى محل كذا أو على أن تحيطي لي قميصاً فإن كان القميص معيئاً لزمها فيه أدنى خياطة وإن لم يكن معيئاً فكذلك في أدنى قميص . فإن لم يكن على مال ولا منفعة لمثلها أجره نحو على ألا تدخلني ^(١) الدار أو على ألا تكلمني فلانا أو على ألا تزوجني فلانا ونحو ذلك سواء كان له في ذلك غرض أم لا فإنه لا يكون خلماً بل رجعيًا

(١) حيث لم يكن لمثله أجره وإلا كان خلماً اهـ

بالقبول في العقد أو بالفعل في الشرط : إلا أنه إذا قال بشرط ألا تزوجى فلانا وقبلته تعين للعقد لا للشرط وكان لها الخيار من بعد ذلك . قال في البيان وهامشه فلو جعلناه شرطاً حقيقياً لزم الدور فلا يقع طلاق حتى تزوج ولا تزوج حتى تطلق . ﴿الشرط الرابع﴾ أن يكون العوض ﴿صائراً أو بعضه إلى الزوج﴾ فلو كان كله لغير الزوج نحو أن يقول طلقتك على ألف لزيد أو نحو ذلك لم يكن خلعاً بل إذا قبلت طلقت رجمية في العقد لا في الشرط فلا يقع شيء وترجع به مع البقاء والتلف إن سلمته ظانة أنه قد لزمها وإن سلمته عالة بعند الزوم لم ترجع به إلا مع البقاء فأما لو كان بعضه له وبعضه لغيره نحو أن يقول على أن تهينى نصف كذا ونصفه لابنى وكان ذلك معيناً غير دين إذ لا تصح هبة الدين إلا لمن هو عليه فإذا فعلت فإنه يكون خلعاً بالنصف الذى صار إليه دون النصف الذى صار لابنه، ولا يصح رجوعها فيما وهبته لابن ولو لم يكن رجماً لها لأنه في مقابلة عوض وهو الطلاق وقد حصل ، ولا بد من أن يقبل الهبة له ولابنه إن كان صغيراً أو كبيراً ووكله بالقبول أو أجاز فإن لم يجز أو لم يقبل لم يقع الخلع .

وقوله ﴿غالباً﴾ احتراز من أن يخالغ العبد زوجته فإنه يصح مع كون العوض يصير إلى سيده إلا أن يشترط العوض لسيده فلا يقع الطلاق خلعاً ولا رجماً لعدم وقوع شرطه وهو كونه للزوج أو بعضه ، وإذا كان العوض من السيد حيث يزوج أمته بعده لزم ويسقط .

﴿واعلم﴾ أن عوض الخلع قد يكون من زوجته وقد يكون من غيرها فحيث يكون ﴿من زوجته﴾ صح بشرطين «أحدهما» أن تكون الزوجة ﴿صحيحة التصرف﴾ وذلك بأن تكون بالغة عاقلة مختارة حال عقد الخلع ولو سكرى كما تقدم فلو كانت صغيرة أو مجنونة ولو مميزة حيث العوض منها لم يكن خلعاً ولا رجماً ، ومتى كانت صحيحة التصرف صح الخلع بالعوض من مالها ﴿ولو﴾ كانت ﴿محجورة﴾ عن

التصرف فيه بمعنى أنه حجر عليها الحاكم لأجل دين عليها فإن الحجر لا يمنع من صحة عقدھا للخلع لكن عوض الخلع يبقى في ذمتھا ولا تخرجھ من المال الذي حجرت فيه إلا بعد رفع الحجر أو بإذن الحاكم ولو غير الذي حجر عليها أو الفراء ، وهكذا لو كانت أمة ولو مدبرة فخلعت على عوض منها بغير إذن سيدها كان العوض في ذمتھا تطالب به متى عقت إلا أن تدلس بأن سيدها أذن لها كان دين جنایة في رقبتها، فإن أذن لها سيدها كان عليه ولا يعتبر نشوزھا ، فإن أذن لها بقدر معلوم كان الزائد في ذمتھا، وإن أطلق كان عليه قدر مهرھا والزائد في ذمتھا . والمكاتبة كالأمة في صحة الخلع منها لأن إذن سيدها أباح لها التصرف، وإن لم يأذن لها ففي ذمتھا ويعتبر نشوزھا، ومع التدليس منها كجنایة المكاتبة في كسبھا ولا يعتبر النشوز .

﴿ مسألة ﴾ ولا يصح الخلع من ولی مال الصغيرة إلا إذا كان لها فيه مصلحة ولا يصح مع المصلحة إلا إذا كان العوض من غيرها لعدم اعتبار نشوزھا قبل التكليف فإذا خالع عن الصغيرة أبوها بمهرھا لزمه لها ذلك سواء صح أم لا ويكون الطلاق خلعا لأنه يصح العوض فيه من الغير والمرأة أن تطالب الزوج بمهرھا أو هو يرجع به على أبيها .

« الشرط الثاني » أن تكون وقت الخلع ﴿ ناشئة عن شيء مما يلزمها له من فعل أو ترك ﴾ سواء كانت في بيته أم لا، ولا نشوز مع سوء العشرة منه أو إضرار، فالفعل نحو أن يأمرھا أن تقف له في موضع يليق بهما ولو بغير صيغة الأمر فتمتنع لغير عذر وهكذا لودعاها للوطء إلى موضع يليق فلم تجبه، والترك نحو أن يلزمها بترك ما يكرهه أو بترك أذية من يتأذى بأذيته من أهله ولو بدون صيغة النهي إذ هو واجب عليها تركه ، ولم يأذن لها بالخروج إلى بيت أهلها فتخرج أو تأخذ شيئاً من ماله . ومن ذلك أن تقول لا أطأ لك فراشاً ولا أطيع لك أمراً ولا أبر لك قسماً فيما

يجب عليها طاعته .. ويعتبر النشوز في العقد عند القبول ولو موقوفاً لأن الإجازة كاشفة ولو في الشرط حال حصول الشروط لا عند التعليق وإلا بطل الخلع ولم يقع الطلاق . ولا بد من تحقق النشوز فلا يكفي تجويز وقوعه في المستقبل . وما اختاره الإمام عليه السلام من أن الخلع بموض من الزوجة صحيحة التصرف إنما يصح بالنشوز منها هو قول الإمام الهادي والقاسم والناصر وهو المختار للمذهب ﴿ أو من غيرها ﴾ إذا كان مكلفاً مختاراً حراً ولو محجوراً عن التصرف أو عبداً وبيق في ذمته ﴿ كيف كانت ﴾ الزأة أى ولو كانت صغيرة أو مجنونة ناشزة أو غير ناشزة فإنه متى كان الموض من غيرها لم يعتبر في صحة الخلع ذاك الشرطان المتقدمان وهما كونها صحيحة التصرف وكونها ناشزة .

نعم ؛ ولا بد في عقد الخلع بموض منها أو من غيرها من إيجاب ﴿ مع قبول أو ما في حكمه في مجلس العقد أو ﴾ في مجلس بلوغ ﴿ الخبر به ﴾ وهذا متصل بقوله بمقد كما تقدم ، واعتبار مجلس بلوغ الخبر خاص في الخلع والعتق والحالة والإقالة والوقف كما في البحر . فلو لم يقع القبول في مجلس الإيجاب أو مجلس بلوغ الخبر به لم يصح الخلع . والمراد بالمجلس مجلس القابل لا مجلس الموجب حيث كان الموجب الزوج لا الزوجة فيعتبر مجلسهما معاً . والذي في حكم القبول هو الامتثال والسؤال فالامتثال نحو أن يقول الزوج أنت طالق على أن تبرئني من مهرك فتقول أبرأت ، فتقول أبرأت بمنزلة قولها قبلت فتطلق بقولها أبرأت ، أو أبرئني على طلاقك فتقول أبرأت . وأما السؤال فنحو قولها طلقني على ألف فإذا قال طلقتك طلقت ولا تحتاج إلى قبول بصد قولها طلقني وكذا لو قال أبرئني بطلاقك فقالت أبرأت أو قال أطلقك بمهرك فقالت الزوجة نعم فيقول طلقتك فلا تحتاج قبولاً بصد ذلك ، وهذا إذا كان المهر ديناً في الذمة فإن كان عيناً لا تثبت فيها لم يصح الخلع لأن الإبراء من الأعيان إسقاط لضمانها إن كانت مضمونة أو إباحة لها إن كانت أمانة كما يأتي في بابه فيقع بالقبول طلاقاً

رجعياً في العقد لا في الشرط إلا لرفضه بأن الإبراء من الأعيان يفيد التملك ويستعمل بمعنى الرد للمهر والفسخ صح إن قبله الزوج في المجلس أو مجلس بلوغ الخبر به ، وإذا قبله الغير ثم أجاز صح ذلك لأنه تملك يحتاج إلى القبول . ولا بد أن يقع القبول في المجلس ﴿ قبل الإعراض ﴾ ^(١) من القابل منهما ﴿ فيهما ﴾ يعني في مجلس العقد أو مجلس بلوغ الخبر به ، فإن تخلل الإعراض لم يصح القبول من بعد ولم يقع الطلاق رجعياً ولا بائناً إلا بتجديد إيجاب آخر يحصل بعده القبول في المجلس أو مجلس بلوغ الخبر به قبل الإعراض وقد تقدم نأشئت به الإعراض .

﴿ فرع ﴾ فلو جعل مع العقد شرطاً نحو أن يقول أنت طالق على ألف إن دخلت الدار اعتبر حصول القبول في المجلس قبل الإعراض منها ولا يضر تأخر حصول الشرط لو لم تنهأ له في ذلك المجلس ، وكذا لو وقت كأن يقول أنت طالق فداً على ألف فقبلت في المجلس طلقت في الفد خلماً .

ولما كان الخلع ينقسم إلى عقد وشرط كما مر تكلم الإمام عليه السلام على كل واحد منهما على حدته وعقبه بذكر أمثلته وقد مر الكلام على العقد وما يتعلق به فذكر أمثلته بقوله ﴿ كانت كذا على كذا ﴾ أي أنت طالق على ألف ﴿ قبلت أو ﴾ قبل ﴿ الغير ﴾ فإنها تطلق حينئذ خلماً ويلزمها الألف حيث قبلت ويلزم ذلك الغير حيث هو القابل وإن لم يكن مخاطباً على ظاهر الأزهار ، فإن قبلاً معاً فليهما إن كانت ناشزة وإن لم تكن ناشزة لم يلزمها شيء ووقع الخلع صحيحاً بقدر حصته فقط لأن الطلاق لا يتبعض كما يأتي ، فإن علم تقدم أحدهما بالألف كله ثم التبس صح الخلع ولا عوض على أيهما إذ لا تحويل على من عليه الحق فهو خلع في الأصل على عوض وسقوطه

(١) منها إن كان الزوج هو المبتدئ وقبل الاعراض منه إن كانت هي المبتدئة ، فلو طلق بعد

الاعراض لم يقع شيء . اهـ .

من بعد لعارض اللبس لا يضر » ويورد هذا في مسائل المعاينة : أين خلع صح من دون تسليم عوض ؟ فيجواب بهذا .

﴿ أو ﴾ قالت المرأة لزوجها ﴿ طلقني ﴾ على مائة ﴿ أو ﴾ قال له غيرها ﴿ طلقها على كذا ﴾ أى على مائة مثلاً ﴿ فطلق ﴾ طلقت خلعاً ولزمها المائة حيث هى المطالبة ولزم ذلك الغير حيث هو المطالب ولو لم يقل على مائة منى لأن دخوله في العقد يجرى مجرى الالتزام والضمان، ولهذا قال في البيان : وإذا قال الغير طلقها على ألف منى أو على مهرها صح ولزمه ذلك . وإن قال طلقها على ألف أو على مهرها أو وأنت برىء من مهرها فطلق صح ولزمه ذلك . وعلمه المحشى بأن سؤاله يجرى مجرى الضمان فإن قال طلقها على أنى ضامن لك إبراءها فطلق لم يلزمه شيء لأن الضمان بالابراء لا يصح ويقع الطلاق رجعيًا لفقد شرطه وهو العوض ولم يلزمه شيء .

ثم ذكر الإمام عليه السلام النوع الثانى من نوعى الطلاق وهو الشرط بقوله ﴿ أو شرطه ﴾ عطفًا على قوله « بعقد » أى شرط ذلك العوض الجامع لتلك القيود وهى كونه مالاً أو ما فى حكمه صائراً أو بمضه إلى الزوج، فلا بد فى العوض أن يكون كذلك فى العقد وفى الشرط . والفرق بين الخلع بالمقد والخلع بالشرط من وجوه ستة : « الأول » أنه لا بد فى العقد من القبول أو ما فى حكمه فى المجلس بخلاف الشرط ، « الثانى » أنه يعتبر نشوزها فى العقد حال القبول بخلاف الشرط فإنه يعتبر حال حصوله ، « الثالث » أن العقد لا يبطل بالموت بعد القبول بخلاف الشرط ، « الرابع » أن العقد تلحقه الإجازة بخلاف الشرط ، « الخامس » أنه يصح الرجوع للملتزم العوض سواء كانت هى أم غيرها فى العقد قبل الطلاق من الزوج إذا تقدم منها أو من غيرها الطالب بخلاف الشرط فلا يصح الرجوع فيه من ملتزم العوض ، وأما الزوج فلا يصح رجوعه فيهما كما يأتى ، « السادس » إذا طلقها ثلاثاً بألف لم يستحقه جميعاً إلا بجميع الثلاث إن كانت كلها باقية مع النشوز فى الثانية والثالثة

أيضاً وتجديد العقد في مجلس واحد ، ولا يُعَدُّ العقد الثاني والثالث إعراضاً فإن طلق واحدة أو اثنتين استحق حصّة ذلك من الألف فإن لم يبق إلا واحدة استحقّه جميعاً بها بخلاف الشرط فلا يستحق شيئاً إلا بالثالثة ويكون خلماً ويعتبر فيها النشوز والمراجعة فيما قبلها كما في البيان وهامشه من مواضع .

وقد مثل الإمام عليه السلام كيفية المخالعة بالشرط عقيب ذكره فقال ﴿ كَذَا كَذَا أو طلاقك كذا ﴾ فالأول نحو إذا أبرأتني فأنت طالق فإنها تطلق بالإبراء مع تعيين المبرأ منه كما يأتي في الإبراء وهكذا إن ومتى أو أى أدوات الشرط « والثاني » أن يقول طلاقك إبراؤك قياساً على قوله أنت طالق ثلاثاً للسنة فإنه مقدر بالشرط ، وكذا لو قال طلاقك أن تهينني ألفاً أو عبداً أو نحو ذلك وقبل الزوج الهبة فإن هذا بمعنى الشرط عرفاً ، فأما لو قال أنت طالق ولّى عليك ألف فقبلت طلقت مجاناً وكان رجعيّاً ، فإن قال أنت طالق إلى مقابل كذا وقع الطلاق خلماً لأن هذا اللفظ شرط عرفي وإن لم يكن من أدوات الشرط المعروفة في أصول اللغة العربية . والمعروف من حال العوام الآن أنهم لا يريدون بمثل هذا عند المخالعة إلا الشرط .

نعم ؛ وإذا خالعهما بعوض مشروط ﴿ فوقع ﴾ ذلك العوض ﴿ ولو ﴾ تأخر حصوله ﴿ بعد المجلس ﴾ بمدة طويلة نفذ الخلع لأن المجلس لا يعتبر إلا في العقد إلا أن يعلقه بوقت اعتبر حصول الشرط في ذلك الوقت كما مرّ . فلو قالت إن طلقني فأنت برىء فطلق كان خلماً ، وكذا لو قال متى أبرأتني فأنت طالق فإنه قد قيد الطلاق بوقوع الإبراء فكان خلماً مع تعيين المبرأ منه ﴿ فيجبر ملتزم العوض ﴾ أى من التزمه بالقبول أجبر على تسليمه فإن تلف قبل قبضه رجع الزوج ببذله لأنه مضمون على الملتزم مطلقاً سواء كان القابل الزوجة أم غيرها . وإنما يجبر ﴿ في العقد ﴾ لأنه قد لزم بالقبول لا في الشرط إذ لا يقع الخلع إلا بحصوله أما لو قال أنت طالق على إبرائي أو على أنى برىء فقالت أبرأتك أو قبلت وقع الطلاق خلماً والإبراء مع تعيين المبرأ

منه حيث كان ديناً ، وكذا لو قال أنت طالق على أن تبرئيني فقالت قبلت طلقت خلعاً ولا يقع الإبراء ولزمها مثل مهر المثل فيساقطان ولا وجه لإجبارها إن امتنعت من الإبراء مع التساقط . أما لو قالت طلقني وأنت برىء من مهرى فقد برىء منه سواء طلق أو لا وليس لها الرجوع إن لم يطلق فإن طلق كان الطلاق رجعياً إلا أن يعرف من قصدتها أنها ما أبرأته إلا ليطلق وقصدت بذلك الشرط وتصادقاً عليه أو أقامت البينة على إقراره أو على شاهد الحال فلها الرجوع كما يأتي .

﴿ و ﴾ يجبر ﴿ الزوج على القبض ﴾ لموض الخلع إذا جاء به من التزمه ﴿ فيهما ﴾ ممّا أى فى العقد والشرط . وإنما أجبر الزوج على القبض لتبرأ ذمة الملتزم للموض لا ليحصل الطلاق فالطلاق قد وقع فى العقد بالقبول وفى الشرط بالتخلية بين الزوج وبين الموض المشروط إن كان عيناً على وجه التملك لا ديناً فلا بد من القبض وإن لم يقع الطلاق لأن التخلية للدين لا تكون قبضاً ، فعلى هذا لا يجبر إلا على قبض الدين وأما المين فتكفى فيها التخلية . ﴿ ولا ينمقد ﴾ الخلع ﴿ بالمدة ﴾ من الزوج بالطلاق أو من الزوجة بالإبراء ولو حصل من كل منهما ذلك لأنهما كلامان وكل واحد منهما غير مقيد بالآخر فكان كما لو طلق بغير عوض إذ المدة ليست بعقد ولا شرط وصورة المدة من الزوج أن يقول ابرئيني وأنا أطلقك فأبرأته ثم طلق فإن لم يطلق فلها الرجوع فى الإبراء ، وصورة المدة منها نحو أن تقول طلقني وأنا أبرئك فطلقها ثم أبرأته فبرأ فإن امتنعت من الإبراء لم يرجع عليها بشيء ، ولا يقع الطلاق فى الصورتين خلعاً بل رجعياً .

﴿ فرع ﴾ وكما لا ينمقد الخلع بالمدة لا ينمقد بالخطاب كأن تقول طلقني فيقول برئيني فتقول أبرأتك فيقول وأنت طالق فهذا رجعى ويقع الإبراء وإذا راجعها فلا يعمد مهرها لسقوطه ، وكذا لو قال راجعتك على جميع حقوقك كما يعقاده كثير من الناس فلا يعمد مهرها لكن إذا أضمرت أن الإبراء مقابل البينة فلها الرجوع باطناً

لا ظاهراً إلا إذا صادقها على ذلك أو بينت بإقراره أو على شاهد الحال والاحلف ما يعلم ولا يظن أنها أرادته .

﴿ ولا تلحق الإجازة ﴾ من صور الخلع ﴿ إلا عقده ﴾ على مال أو منفعة كما مر . فلو كان المقد على عوض غير مال ولا منفعة كأن يخالمها عقداً على دخول الدار ولم يكن لثله أجره كان الطلاق رجعياً وإن كان لثله أجره كان خلعاً فلا بد في كونه خلعاً من أن يكون العوض مالاً أو منفعة لها قيمة . فإذا خلع الفضولى عن المرأة أو الزوج ثم أجاز الخالع عنه نظر : فإن كانت محالمة الفضولى بمقد لحقته الإجازة وإن كانت بشرط لم تلحقه فيبطل ، وصورة المقد أن يقول الفضولى للمرأة قد طلقتك بألف عن فلان فتقول قبلت ويحيز الزوج ما قاله الفضولى . فإما لو قال الزوج فلانة طالق بألف فقال الفضولى قبلت عنها فلا يقع إلا بإجازتها وصحة تصرفها ونشوزها حال المقد لأنه جمل القبول عنها لا تبرعاً كما لو قال اشتريت لفلان ولم يحيز فلان .

(فصل)

﴿١٧٢﴾

في بيان قدر عوض الخلع وقد تقدم مقدار أقله أنه ماله قيمة في القيمي ومالاً يتسامح بمثله في المثلي ، وأما أكثره فإن كان من غير الزوجة فلا حد لأكثره ﴿ و ﴾ إن كان من الزوجة فاعلم أنه ﴿ لا يحل ﴾ للزوج أن يأخذ ﴿ منها ﴾ - غير تبرع - يعنى من الزوجة المحالمة ﴿ أكثر مما لزم ﴾ عليه وجوباً ﴿ بالمقد ﴾ أى بمقد النكاح الذى خالمها فيه فما لزم ﴿ لها ﴾ به من مهر ونفقة وكسوة ونحوها مما هو واجب لها من يوم تزوجها إلى يوم الخلع سواء كان بذمة الزوج أم قد صار إليها وما لزم لها من نفقة المدة إلى يوم انقضائها ﴿ و ﴾ كذا ما لزم لها تربية وحضانة ﴿ لأولاد ﴾ ها ﴿ منه صغار ﴾ ونفقهم وكسوتهم أيضاً إلى سن الاستقلال سواء زادت على سبع سنين أم نقصت وسواء كانوا باقين أم قد ماتوا أو صاروا وقت الخلع كباراً فيرجع إلى

غالب سن الاستقلال في الصبيان ومن كان مجنوناً فإلى استقلاله إن عاد عقله وإن مات مجنوناً فإلى موته. وإنما صح بنفقة أولادها منه لأن لها ولاية الحضانة وحق المطالبة والقبض ، فهذا هو اللازم عليه يعقد النكاح فلو كان اللازم لها عليه بغير العقد كأروش الجنائيات وقيم التلغات لم يصح الخلع عليه إن كان العوض منها فإن كان من غيرها جاز ولو زاد على ما لزم بالعقد كما تقدم ، وكذا ما زادته تبرعاً بعد وقوع الطلاق ولو في مقابلة الطلاق لأن المسوغ لجواز الزيادة هو التبرع منها فإن خالها على أكثر مما يجب عقداً أو شرطاً ففي العقد يبطل العوض ويقع الطلاق رجعيًا وفي الشرط لا يقع شيء مطلقاً سواء كانت هي الشارطة أم هو .

﴿ فرع ﴾ وإذا خالها على ما يلزمه لها من النفقة وغيرها ولأولادها منه ثم ماتت وهي في العدة أو مات أولادها قبل استقلالهم رجع الزوج عليها أو على ورثتها بقدر ما بقي من العوض لأنه في الحقيقة على مثل اللازم له اللهم إلا لعرف بأن الخلع على ذلك ما بقيت الزوجة والأولاد فلا وجوب بعد الموت .

﴿ ويصح ﴾ طلاق المخالعة ﴿ على ذلك ﴾ أي على قدر ما لزم لها ولأولادها الصغار منه من النفقة وأجرة التربية ونحو ذلك لا أكثر منه إن كان منها إلا تبرعاً ومن غيرها مطلقاً كما تقدم فالإشارة ترجع إلى المفهوم لا إلى المنطوق لئلا يوم دخول صورة المنع ، وقد حذفها في الأتمار كما حذف لفظ أكثر فراراً من الإيهام، وحذف قوله ويصح على المهرالخ خشية التكرار ولفظه « وإنما يحل منها إلى قدر ما لزم بالعقد لها ولأولادها منه صغاراً ولو مستقبلاً » وفيها سر التنبيه أيضاً على جواز أقل مما لزم بالعقد بخلاف عبارة الأزهار كما أفاده بهران فتصح المخالعة على ما لزم بالعقد إن كان العوض منها ﴿ ولو ﴾ كان ذلك العوض اللازم الذي خالها عليه هو مثل ما يلزم لها عليه ﴿ مستقبلاً ﴾ ومجهولاً لما يأتي « كنفقة » العدة ونفقة أولادها المستقبلية وأجرة تربيتهم فإن المخالعة تصح بمثل ذلك ويسقط وجوب ذلك على الزوج فلا يلزمه

شئ مع الرضاة ، وسواء كانت النفقة ونحوها مقدرة حال الخلع أم غير مقدرة لأن الجهالة تعتقر في عرض الخلع كما سيأتي فإن اختلفا بعد ذلك فللزواج طلبها بما قد لزمها له بالمخالعة في ذلك القدر دفعة واحدة مع اليسار لا مع الإعسار فتمهل ، ولا يجب عليها التكسب لقضائه لأنه دين ، وأما هو فيجب عليه أن يتفق عليها وعلى أولادها ولا تجب دفعة واحدة بل تقسط يوماً فيوماً ويلزمه التكسب لذلك إن كان معسراً ولها أن تطالبه في ذلك .

﴿ سؤال ﴾ فإن قيل إن من شرط الخلع النشوز حيث العوض من الزوجة ومع نشوزها لا نفقة لها فكيف قلتم يصح أن يخالعه بنفقة عدتها وهي غير لازمة على الزوج بالنشوز ﴿ فالجواب ﴾ من وجهين : « الأول » أن المخالعة في التحقيق على مثل ما كان يلزم الزوج من النفقة لو كانت غير ناشزة فيلزم له عليها ذلك القدر « الثاني » وهو جيد أن تقدر أنها نشزت مدة يسيرة ليس لثلثها قسط من النفقة وحصل خلعهما في تلك الحالة فالنفقة لم تسقط مع التوبة عقيب الخلع وهذا وجه صحيح . وتصح المخالعة سواء صرحا في الإيجاب والقبول بمثل نفقة المدة أم بنفقة المدة لأن معناها يتمشى على أحد الوجهين .

﴿ فرع ﴾ ^(١) « وإذا طلقها على الإبراء من نفقة عدتها لم يصح الإبراء ويقع الطلاق رجماً بالقبول ، وذلك في العقد لا في الشرط فلا يقع شيء » « وإنما لم يصح الإبراء لأنه من مستقبل وهو لا يصح على أصلنا ، ولا يشكل عليك هذا بما في الأزهار ولو مستقبلاً فالمراد هناك المخالعة على مثل ما يلزم في المستقبل ولذا جئنا بكاف التشبيه في قولنا « كنفقة » ولم نذكر في ذلك إبراء من المستقبل فلا يقع الإبراء ويقع الطلاق رجماً إلا أن يكون ثمة عوض آخر غير الإبراء كان الطلاق بائناً وفي الشرط لا يقع الطلاق ولو شرط عوضاً آخر مع الإبراء لعدم صحة الشرط وهو الإبراء » .

(١) يستفاد أوله من البيان اهـ .

﴿و﴾ تصح المخالعة ﴿على المهر﴾ وهذا تخصيص بمد التعميم لمسيس الحاجة إليه إذ المخالعة عليه أكثر منها على غيره وليتفرع عليه التنصيص على ما ذكر بمدته ، فإن كان المهر باقياً عليه معيناً أو غير معين سقط وإن كان قد قبضته وهو باق بمينه ردته له وإن كانت قد أتلفته أو وهبته له أو لغيره أو أبرأته منه قبل قبضه فإن تصادقا على أنهما أرادا الخلع على مثله صح ولزمها ، وإن لم يتصادقا على ذلك لم يصح الخلع عليه لأنه معدوم ويكون الطلاق رجعياً بالقبول في العقد ﴿أو﴾ خالما أيضاً على ﴿مثله﴾ بمعنى على مثل المهر إن كان مثلياً أو على قيمته إن كان قيمياً ، وسواء كان باقياً في يد أحدهما إذ يصح على مثله ولو كان معيناً باقياً أم كان قد تلف بمد القبض أو قبله أو أبرأته منه أو كان غير معين لبقائه في ذمة الزوج فيلزمها للزوج مثله في جميع هذه الصور ولو ﴿ك﴾ أن لزوم ﴿ذلك﴾ مستقبلاً مجهولاً غير لازم عند الخلع كنفقة العدة وتربية الأولاد فيدخل في ذلك ما إذا كان المهر المخالع عليه أو على مثله قد لزم بالدخول أو تحوه وما لم يكن قد لزم كأن يعقد بامرأة ولم يسم لها مهرأ فإنه لا يلزمه المهر إلا بالوطء ونحوه فإذا خالما على مثل المهر لزمها له ذلك وهو مهر المثل كله إذ هو الذي كان سيلزم بالدخول وصح الخلع ولو كان لزوم المهر مستقبلاً لوجود سببه وهو العقد ويلزمه لها التمتع فلو خالمتها على مثل المهر والتمتع معاً صح ولزمها مثلها مائة ولا يتساقطان للاختلاف في الصفة .

﴿فإن﴾ خالما على مهرها لكن ﴿لم يكن قد دخل﴾ ولا خلى بها ﴿رجع﴾ عليها ﴿بنصفه﴾ أي بنصف المهر عيناً كان أو ديناً لأنه قد استحق عليها المهر بالخلع وانكشف أنها لا تستحق منه إلا نصفه لوقوع الطلاق قبل الدخول ونصفه الآخر باق للزوج ، وهذا إذا لم تكن المرأة قد قبضته فمالو كانت قد قبضته رجع عليها بمهر كامل لأجل الخلع ونصف مهر لأجل الطلاق ونصفه الآخر تستحقه لمقابل طلاقها قبل الدخول إذا كان العقد صحيحاً مع التسمية الصحيحة على ما تقدم تفصيل ذلك

في النكاح أثناء فصل ١٤٦ وإلا لزمها له المهر للطلاق عليه ولزمه لها التمتع. ولا يقال في صورة الأزهار أنها لا تستحق إلا نصفه فقط فلم يقع الطلاق إلا عليه لأنه يقال بل الكل لازم بالعقد وإنما سقوطه طارئ بخلاف ما لو خالها بما تستحق عليه في هذه الصورة فلم يرجع بشيء ﴿ ونحو ذلك ﴾ الذي تقدم لو كان قد دخل بها ثم أبرأته من نصف المهر أو وهبته ثم خالها على مهرها فإنه يرجع عليها بنصفه أيضاً ، وهكذا لو أبرأته من نصف المهر ثم طلقها قبل الدخول على نصف مهرها فإن كان قد سلم لها نصفاً وأبرأته من نصف ثم خالها قبل الدخول على المهر استحق المهر كاملاً ومثل نصفه وذلك أنها استهلكته بالإبراء نصف المهر فتضمنه كاملاً ولزمها مهر كامل لأجل الخلع عليه ، وأما ما كان قد قبضته فتستحقه لأجل الطلاق قبل الدخول بالشرطين المذكورين .

(فصل)

﴿١٧٣﴾

﴿ ويلزم ﴾ الفارّ المكلف سواء كانت الزوجة أم غيرها نحو ان تقول المرأة لزوجها طلقني على مافي يدي من الدراهم أو يقول الغير طلقها على مافي يدي من الدراهم فطلقها فإذا ليس في اليد شيء فإنه يقع الطلاق بائناً ويلزم الفارّ ﴿ بالتفريق ﴾ للزوج ﴿ مهر المثل ﴾ بالغاً ما بلغ سواء كان قد سمي لها مهر أم لا وسواء كان المسمى مساوياً لمهر المثل أم أقل أم أكثر ، ووجه لزوم مهر المثل أنه عوض البضع والتفريق كالجناية المفوتة للبضع فيلزم عوضه إذا كان الخلع عقداً منها أو من غيرها لا شرطاً فلا يصح الطلاق ولا يلزم العوض ، وهذا خلاصة ما تلخص للمذهب في هذا المقام لأنه قد ثبت مهر المثل في إذهاب البكارة بحناية وفي الوطء غلطاً فكذا الجناية على الزوج بتفويت البضع عليه بالتفريق . ومن صور التفريق لو قالت أو الغير على مافي الكيس هذا من الدراهم ولا شيء فيه وقع الخلع ولزم مهر المثل فإن كان في اليد أو الكيس شيء من الدراهم فإنه يقع الخلع وليس له غير ما وجد ولو كان درهما واحداً لأن من للتبويض

فلو قال على هذه الدراهم فأنكشفت درهمان لزم مهر المثل ، فلو قالت على ما في يدي ولم تقل من الدراهم أو على ما في الكيس ولم تقل من الدراهم وليس فيهما شيء لم يكن تفريراً لأنها لم تذكر ما ينبيء عن المال فإذا طلقها على ذلك وقع رجعيًا في العقد لا في الشرط وهكذا لو قال ذلك غيرها .

﴿ و ﴾ ﴿ من أحكام الخلع ﴾ أنه ﴿ لا تفرير ﴾ على الزوج في صورتين : ﴿ الأولى ﴾ قوله ﴿ إن ابتداء ﴾ بطلب المخالعة في الصور التي جعلناها تفريراً ونحوها نحو أن يبتدئها فيقول طلقتك على ما في يدك أو على ما في الكيس من الدراهم فقالت قبلت فأنكشف عدم الدراهم فإنه يقع الطلاق رجعيًا في العقد لا في الشرط ولا يلزمها مهر المثل وهنا سواء حصل منها إيهام في صحة العوض أم لا . ﴿ والثانية ﴾ قوله ﴿ أو علم ^(١) ﴾ أو ظن أن الكيس عطل فلا تفرير منها ولو كانت هي المبتدئة لـ يكونه عالمًا أو ظانًا بذلك فلا يلزمها مهر المثل ويقع الطلاق في العقد لا في الشرط رجعيًا بقبولها حيث كان هو المبتدئ أو قبوله حيث هي المبتدئة لأن تقديم السؤال قائم مقام القبول فإن لم يحصل قبول أيهما في الصورتين لم يصح شيء .

﴿ و ﴾ ﴿ من أحكام الخلع ﴾ أنه يلزمها من العوض ﴿ حصّة ما فعل ﴾ من الطلاق ﴿ وقد طلبته ﴾ المرأة أن يطلقها ﴿ ثلاثاً ﴾ بألف فطلقها واحدة استحق ثلث الألف وإن زاد ثمانية فثلاثه وإن زاد ثلاثة فكله إذا وقعت كلها في المجلس وتحلل بينها عقدان برضاها ونشوزان كما تقدم في الفروق بين العقد والشرط . والمراد عقد النكاح ولا يكون العقد إعراضاً ولا يكفي النشوز الأول إلا أن يستمر إلى العقد الآخر والطلاق بعده وتستحق بالعقدين الآخرين نصف ماسي وإن لم يسم فالتمة فلو امتنعت من العقد عليها وقد طلبته ثلاثاً بألف فلا شيء عليها غير ثلثه ، وقد صح العقد الأول

(١) ولما تخلفه أنه ما علم ولا ظن ، فإن نكح فلا شيء عليها ، ويقع الطلاق بالقبول رجعيًا في العقد لا في الشرط فلا يقيم شيء اهـ

خلعاً لأنه رضى بإسقاط حقه ، فإن وقع الطلاق الثانى فى مجلس آخر لم يستحق عليه شيئاً من العوض لأن عقد الخلع قد بطل بافتراقها وهذا يخالف الشرط فإذا كان مشروطاً كإنا طلقنتى ثلاثاً فلك على ألف لم يستحق شيئاً حتى يطلقها ثلاثاً وتكون الثالثة هى الخلع يعتبر فيها النشوز حالها لا عند الأولين إذ هما رجعتان ولا يجب لها شيء من العوض .

﴿أو﴾ طلبت الخلع ﴿لها وللغير﴾ نحو أن تقول طلقنى أنا وفلانة بألف فطلقها وحدها استحق نصف الألف وإن طلق الثانية فى ذلك المجلس استحق الألف بكماله ويكون الألف منها حيث قالت بألف منى أو أطلقت ويعتبر نشوزها لا الثانية فلا يعتبر لكون العوض من غيرها ، فإن قالت على ألف منى ومنها فإن قبلت الأخرى أو أجازت طلقت ويلزمها حصتها منه مع نشوزها حال العقد لأن العوض منها وإن لم تكن ناشزة وقع الطلاق عليها رجبياً فإن لم تجز لم يقع شيء ولا يلزمها الحصة من العوض سواء كانت ناشزة أم لا .

وقوله ﴿حسب الحال﴾ ليشمل سائر الصور التى يتأتى فيها تخصيص العوض فيستحق بالبعض البعض أو كله عند حصول الغرض كما أشار إلى بعضها أبو حامد وهى موافقة لأصول المذهب ﴿فمنها﴾ لو قالت طلقنى ثلاثاً على ألف ولم يبق لها من الثلاث إلا واحدة فطلقها واحدة استحق الألف كله لحصول الغرض المقصود لها وهى الثلاث ولو كان بعضهن قبل الطلب وسواء كانت عالة أنه لم يبق إلا واحدة أم جاهلة لذلك . ﴿ومنها﴾ لو كانت باقية فى اثنتين استحق الألف بهما ونصفه بإحدهما فلو قال الزوج طلقتك ثلاثاً بألف فقالت قبلت واحدة بثلاث الألف لم يقع شيء لعدم مطابقة جوابها لسؤاله ولأنه لم يرض بالبينونة إلا بكمال الألف كما لو طلقها على الألف منها ومن غيرها فقبلت ولم يقبل الغير فإنه لا يقع عليها شيء لارجعى ولا بائن لأنه لم يرض بالبينونة إلا بكماله منها ومن الغير . ﴿ومنها﴾ لو قال أنت طالق ثلاثاً على ألف

فقلت قبلت واحدة على الألف أو سككت فإنه يصح الخلع لحصول غرض الزوج وهو الألف ولأن الثلاث لا تقع إلا واحدة والزائد عليها لغو ﴿ومنها﴾ لو قالت طلقني عشرًا بألف فبالواحدة العشر وبالثنتين الخمس وبالثلاث الكل . قال الإمام عليه السلام هذا من عجائب الأحكام وهو مستقيم على أصلنا .

﴿مسئلة﴾ وإذا اختلفا فقلت سألتك ثلاثًا بألف فاجبتني فقال بل طلقة بألف وقد فلت استحق ثلث الألف لأن القول قولها في قدر العوض وتبقى باثنتين لأن القول قوله في عدد الطلاق .

﴿و﴾ إذا خالع الزوج على عوض فاستحق أو بعضه للغير بالبينة أو اليمين لا بالإقرار فإنه يلزم للزوج ﴿قيمة ما استحق﴾ من العوض لذلك الغير إن كان قيمياً ومثله إن كان مثلياً، وتعتبر القيمة يوم عقد الخلع إذ هي التي وقعت المخالعة عليها كما لو خالعهما على فرس أو حَبٍّ أو نحوهما فأنكشف للغير فإنه يلزم عوضه للزوج وقد صح الخلع إلا أن تملكه من بعد فله أخذه دون عوضه ، فإن استحق نصف المال المخالع عليه للغير فللزوج الخيار إن شاء ردّ النصف الباقي وطالبها بموض الجميع وإن شاء أخذه وردت إليه نصف القيمة . وكذا في خيار الرؤية وسائر العيوب فإنه ثابت للزوج في عوض الخلع سواء كان معيناً أم غير معين فتستحق قيمة المعين غير معيب وفي غير المعيب تسلم أدنى جنسه غير معيب ، ذكر هذا في الإفادة . . وهذه المسئلة مبنية على أن الزوج عند العقد جاهل كونه ذلك المال للغير وهي المبتدئة إذ لو كان عالماً أو مبتدئاً لم يستحق شيئاً إلا أن يجبر ماله حيث هو عقد لا شرط .

﴿و﴾ إذا خالعهما على مهرها وقد كان سقط على الزوج كله أو بعضه بإبراء أو نحوه وكانا جاهلين بما فإنه يصح الخلع ويلزمها له ﴿قدر ما﴾ قد ﴿جهلاً سقطوله﴾ من الزوج حال عقد الخلع فتدفع للزوج قدر المهر إذ المخالعة في التحقيق على ذلك مع سقوطه إذا كانت مبتدئة ﴿أو﴾ كان الزوج ﴿هو﴾ الجاهل وحده أنه قد سقط عنه

﴿ أو ﴾ المرأة أيضا ﴿ هي للبنتنة ﴾ لطلب المخالعة بالمهر عند العقد نحو أن تقول طلقني على مهري ، فقال - جاهلا بسقوطه - طلقْتُ صح الخلع ولزمها قدر المهر سواء كانت عالة بسقوطه أم جاهلة . وأما لو كان الزوج هو المبتدىء لذلك فقال خالمتك على مهرك فقالت قبلت فإنه لا يلزمها له شيء سواء علما سقوط المهر أم جهلا حيث هو المبتدىء أو هي المبتدئة وكان عالما بسقوطه لارتفاع التفرير بعلمه فلا يستحق عليها شيئا مع البداية منه أو مع علمه ويكون الطلاق رجما حيث كان الطلاق عقدا لا شرطا فلا يقع شيء ، فإن علما ممّا فحيث لا يقصدان على مثله لا يصح خلعا ويقع رجما كما قلنا في العقد لا في الشرط وإن تصادقا على أنهما أرادا المخالعة على مثله صح الخلع ولزمها المثل للزوج ولو كان المهر قد سقط عن الزوج بإبراء أو هبة لأن ذلك كاستيفائه ولا يتوهم أن المخالعة على أكثر مما يلزمه لما قلنا أن الإبراء كاستيفاء ويصح أن تخالعه على مثله كما مر في الأزهار « وعلى المهر أو مثله كذلك » .

﴿ و ﴾ إذا طلق المريضة على عوض منها أو من مريض غيرها ولو كانت شحيحة سواء كان العوض قدر الثلث أم أكثر منه ولم يجز الورثة فلا ﴿ ينفذ ﴾ ذلك العوض ﴿ في ﴾ حال المرض ﴿ الخوف إذا وقع الموت منه إلا ﴾ من الثلث ﴿ فقط ويستبرأ الثلث ووجود الوارث وعدمه في العقد حال العقد ، وفي الشرط عند حصوله وينفذ من رأس المال إن لم يوجد وإن كان قبل موجوداً أو وجد من بعد فإنه يبطل الزائد على الثلث إن لم يجز ويكون الطلاق خلعا في العقد لا في الشرط فلا يقع إلا أن يفي الثلث بما شرط أو يجز وراثتها وقع . وهذا حيث يكون الزوج المبتدىء أو علم وكان عوض الخلع معيناً وإلا كان الزائد في ذمتها مطلقاً لأنه جناية منها بالتفرير وجناية المريض من الثلث إلى قدره ثم في ذمته ، فإن كانت هي المبتدئة لزمها قيمة الزائد في المعين في ذمتها إن لم يجز الوارث .

﴿ فرع ﴾ فلو كانت الملتزم بالموض مريضا مرضا مخوفا مستغرقا ما له بالدين

فالمخالفة تصح ويكون العوض في ذمته لأن ذمته تسع فإذا مات لم يبطل الخلع ولو بطل العوض باستفراق تركته ، ولم يدخل العوض بهذا الالتزام في جملة الدين ولو قبل حجر الحاكم لأن المرض حجر كما يأتي ، ويورد في مسائل المعاينة : أين خلع صح من دون تسليم عوض كما مر فيمن علم تقدم خلعها ثم التبس؟ فيجيب بهذا أيضاً. ومن ذلك لو ادعى أنه طلقها على ألف إلى ذمتها فقالت بل إلى ذمة زيد ولم يبين وحلفت كان خلما ولا عوض له .

﴿ ولها ﴾ أى ويثبت للمتزيم العوض من الزوجة ﴿ أو الغير ﴾ إذا كانت هي المبتدئة أو الغير بمقد الخلع ﴿ الرجوع ﴾ بالقول ﴿ قبل القبول ﴾ من الزوج بالطلاق ولكن هذا ﴿ في العقد لا في الشرط ﴾ فلا يصح الرجوع فيه بالقول . مثال العقد أن تقول له المرأة أنت برىء على أن تطلقنى أو طلقنى أو طلقها بألف فلتزيم العوض أن يرجع قبل أن يقبله الزوج وقبوله أن يقول طلقت فإن رجع قبل ذلك بطل عقد الخلع فلو طلق بعد الرجوع كان الطلاق رجعياً ولو جهل الرجوع . وكذا لو تقارن الرجوع وقبول الزوج رجح الرجوع ويكون الطلاق رجعياً فإن التيس ذلك فالأصل عدم الرجوع . وأما الشرط فلا يصح الرجوع فيه بالقول ويصح بالفعل لأن الشروط لا يصح الرجوع فيها إلا بالفعل كأن تبسح ما شرط كونه عوضاً أو تخرجه عن ملكها بأى وجه من وجوه التمليك وأما الزوج فلا يصح رجوعه لا في العقد ولا في الشرط : أما في العقد فلأن رجوعه بعد الإيجاب منه كالرجوع عن الطلاق وهو لا يصح ، وأما في الشرط فلا يصح الرجوع إلا فعلاً وهو لا يصح منه ذلك .

﴿ مسألة ﴾ لو قالت أنت برىء على طلاق فقال الزوج قبلت أو نعم كان طلاقها خلماً مع النية لأنه كناية طلاق لعدم انحصار الكنايات كما لو قال قبلت براءتك بطلاقك فإن لم ينو الطلاق لم يقع شيء .

﴿ و ﴾ ﴿ من أحكام الخلع ﴾ أنه ﴿ يلعو ﴾ أى يبطل في عقد الخلع ﴿ شرط صحة الرجعة ﴾

سواء كان الشرط بعد تمام العقد كأن يقول خالمتك على ألف فقبلت ثم قال ولى عليك الرجمة، أو قبل تمامه كأن يقول طلقتك على ألف على أن تكون لى الرجمة عليك فقبلت فإنه يبطل هذا الشرط ويصح الخلع والمراد بالشرط هنا هو العقد .. وأما صيغة الشرط المحض نحو أن يقول خالمتك على ألف إن كان لى عليك الرجمة فلا يقع مع الطلاق لأرجعياً ولا بائناً، والفرق أن العقد يتم بالقبول بخلاف الشرط فالقبول غير معتبر فيه، ووقوع الشرط هنا غير ممكن لأنه جمع بين ضدتين : وقوع الخلع وهو بائن ووقوعه رجعياً للشرط .

﴿ ١٧٤ ﴾ (فصل)

فى بيان حكم الخلع ولفظه وعوضه . أما حكمه فقد أوضحه الإمام عليه السلام بقوله ﴿ وهو ﴾ يعنى الخلع حيث وقع بشرط أو عقد جامع للشروط فهما ﴿ طلاق بائن يمنع الرجمة ﴾ إلا بمقد جديد فى غير الثالثة ولو فى العدة كالطلاق قبل الدخول وإن خالفه فى عدم ثبوت العدة فيه فلا تصح الرجمة فيه بالقول أو الفعل كما تصح فى الرجعى من الزوج فى العدة ﴿ و ﴾ يمنع أيضاً ﴿ الطلاق ﴾ أى لا يتبعم طلاق لأن الطلاق عندنا لا يتبع الطلاق والخلع نوع من الطلاق لا فسخ . ﴿ و ﴾ الخلع ﴿ لفظه ﴾ وما يتصرف منه كخالمتك وأنت مخالمة وكذا المبراة ﴿ كناية ﴾ طلاق فى باب الخلع وبغيره ولو ذكر الموض مع لفظه فإنه إذا قال خالمتك أو بارأتك على كذا فهو كناية طلاق إن أراد به الطلاق وقع ولزم كسائر الكنايات والالم يقع والقول قوله فى ذلك لأنه لا يعرف إلا من جهته بخلاف قوله طلقتك وأنت طالق على كذا فإنه صريح طلاق .

﴿ و ﴾ إذا اختل قيد من القيود التى اعتبرت فى الخلع بعد أن وقع القبول ونحوه

(التاج المذهب - ١٣ - نى)

فإنه ﴿يَصِيرُ نُحْتَلُهُ﴾^(١) رجعيًا ﴿قال السحولي﴾ «بعد تمام أركانه ولم يكن ثالثًا ولا قبل الدخول» وكلام الأزهار كلام كلي وضابط جلي يدخل تحته ما لا يتحصر من الصور والجزئيات. ولما كان كثيرًا ما يقع اللبس في صور قد قررت للمذهب في هذا الباب ناسب التتبع لها والتنصيص على ما أمكن الوقوف عليه منها نصًا في ذلك، «فمنها» أن يطلقها بغير عوض سواء كان عقدًا أم شرطًا، «ومنها» أن يكون العوض غير مال سواء كان عقدًا أم شرطًا، «ومنها» أن يكون الخلع بعوض صائر كله إلى غير الزوج لا بعضه فيصح خلعا بقدر ما صار إليه، «ومنها» أن يكون العوض من الزوجة وهي غير ناشزة وكان عقدًا فيقع بالقبول رجعيًا، «ومنها» أن يكون العوض منها أكثر مما لزم بالمقد لها وكان عقدًا فيقع بالقبول رجعيًا ويكون المال في يد الزوج كالتنصيص في جميع وجوهه مع جهلها لا مع علمها بتحريمه فكالنضب إلا في الأربعة، «ومنها» أن يخل العقد ولا يكون شرطًا كأن يقول أنت طالق فتقول المرأة وأنت برىء، «ومنها» أن تقول طلقني وأنت برىء أو ولك ألف فطلق فيكون رجعيًا، «ومنها» لو قال ردى على مهرك حتى أطلقك فردته فطلقها كان رجعيًا لأن حتى وعدية لا عقدية ولا ينمقد بالمدة، «ومنها» لو قال هيبنى كذا لأطلقك فوهبته ذلك ثم طلقها كان رجعيًا، «ومنها» لو قالت طلقني على مهرى فقال طلقتك لسوء عشرتك كان رجعيًا، «ومنها» لو جاءت بلفظ الكناية فقالت سرّخنى أو أبنى بألف فقال أبنتك أو سرحتك ولم يقل بألف ونواه طلاقًا دونها وقع رجعيًا، «ومنها» لو طلقها على أن تدعى مهرها عليه فقبلت وقع الطلاق رجعيًا لاختلاف العقد في هذه الصورة وخروجها إلى المدة، «ومنها» أن يقع الطلاق في غير مجلس الإبراء والمكس ثم طلقها كان رجعيًا، «ومنها» أن يبطل العوض أو بعضه بأن يستحق الغير مع علم الزوج أو يكون مبتدئًا فيقع بالقبول رجعيًا في العقد لا في الشرط

(١) ولا يصح الإبراء إذا اخل شيء من قبوده المتقدمة اه كواكب .

ومن بطلان الموضع أن يعقد الإبراء على مهرها وقد سقط عن الزوج بإبراء أو نحوه ولم يتصادقا على أنهما أرادا على مثله وكذا لو كان المهر ألف درهم وجعل لها بقرة قيمتها مائة ثم خالها على مهرها واختلف هل المراد الألف أم البقرة ولم يتصادقا على أن المراد مهر المثل فإنه يكون الطلاق رجعيا مع العلم بسقوطه « ومن ذلك » أن يعقد على الإبراء من نفقة المدة ولم يريد على مثلها ولم يكن ثمة عوض آخر غير الإبراء وكان عقداً فيقع بالقبول رجعياً « ومن ذلك » أن يكون الموضع ليس بمال ولا في حكمه كدخول الدار وليس لمثله أجرة ولا عوض غيره سواء كان عقداً أم شرطاً فيقع بالقبول في العقد رجعياً وفي الشرط بالفعل « ومن ذلك » إذا قال الزوج طلاقك خروجك فمضى خرجت طلق رجعياً إذا لم يكن لمثله أجرة « ومن ذلك » أن يخالها على ما ظنه مالاً كملأ مافي الكيس من الدراهم فانكشف أن لا دراهم فيه فيقع بالقبول رجعياً في العقد لا في الشرط ، « ومن ذلك » أن يخالها على حر أو خمر مما لا يتمول فانكشف عبداً أو خلاً وقع الطلاق رجعياً ، « ومن ذلك » أن تكون الزوجة هي المبتدئة بإيجاب العقد ورجعت عن الإيجاب قبل قبول الزوج وطلق بعد رجوعها أو تقارنا فإنه يقع طلاقه رجعياً « ومنها » أن يكون المبرأ منه عينا فيقع بالقبول رجعياً في العقد لا في الشرط « ومنها » أن يوكل الزوج غيره وكالة مشروطة بالتسليم كأن يقول متى سلمت امرأتى كذا فطلقها فحصل الشرط ثم طلقها الوكيل كان الطلاق رجعياً ولو وقع التسليم على وجه يوجب الملك لأن الزوج لم يملك الموضع بمجرد التسليم حكاه في البيان « ومنها » أن تطلب الزوجة من الزوج الطلاق بعد سنة أو نحوها على ألف فطلق في الحال كان رجعياً بالقبول منها في العقد لا في الشرط فهذا حاصل مفاهيم قيود ماسبق. وحاصل ما في البيان من نصوص أهل المذهب وهي تنوف على عشرين صورة وإن كان بعضها متقارباً أو متداخلاً فالغرض توقي مظان السهو والخطأ والتقريب بجمع ما تفرق من ذلك .

وقوله ﴿ غالباً ﴾ احتراز من ثلاث صور فإن الخلع فيها لا يصير رجعيًا ولا بائنًا بل لا يقع شيء ﴿ الأولى ﴾ إذا خالعهما بأكثر مما لزمه لها شرطاً نحو أن يقول إن أعطيتني ألفاً فانت طالق فأعطته ألفاً وهو أكثر مما لزمه لها بالعقد لأن شرط وقوع الطلاق أن تعطيه ألفاً يصح له تملكه جميعاً والألف هنا لا يصح له تملكه فلا يحصل شرط الطلاق بخلاف العقد كما تقدم . ﴿ الثانية ﴾ لو قال طلقتك على هذه الأرض إن كانت لك وقبلت المرأة طالقاً فإن استحققت الأرض أو بعضها للغير بعد ذلك من يد الزوج بطل الطلاق ويبطل النكاح أيضاً إن كانت قد تزوجت ، وهذا إذا استحققت الأرض أو بعضها بالبينة أو الحكم أو علم الحاكم لا إذا استحققت بنكول الزوج أو إقراره أو رده اليمين لأن الطلاق مشروط بقوله إن كانت لك فأنكشفت للغير فبطل الشرط فبطل الطلاق المشروط . ﴿ الثالثة ﴾ إذا خالعهما على عوض منها من غير نشوز منها شرطاً لا عقداً نحو أن يقول إذا أبرأتني فانت طالق فأبرأت فلا يقع شيء لعدم النشوز لأنه علق الطلاق ببراءته، وضمنته لاتبرأ لعدم النشوز فلا يبرأ، وإن أبرأت فلا يقع الطلاق . وأما إذا كان يعتقد أن العقد كالشرط فلا يقع طلاق ولا إبراء والعكس إذا كان يعتقد أن الشرط كالعقد وقع الطلاق وإن لم يكن شيء من ذلك رجع إلى عرف الشرع .

﴿ و ﴾ ﴿ من أحكام عوض الخلع ﴾ أنه لا يعتبر أن يتميز كموض النكاح والبيع ونحوهما بل ﴿ يقبل عوضه ﴾ كلية ﴿ الجهالة ﴾ كالإقرار والوصية فيكفي فيها الإجمال بذكر لفظ المال وإن لم يذكر جنسه ولا نوعه ولا قدره كمل مال فيلزمها ما يطلق عليه اسم المال مما يصح أن يتموله الزوجات شرعاً ﴿ و ﴾ لهذا إذا سمي في عوض الخلع جنساً من أجناس الأموال ولم يذكر نوعه ولا قدره فإنه ﴿ يتعين ﴾ له ﴿ أو كس ﴾ ذلك ﴿ الجنس المسمى ﴾ في البلد أي أذناه غير معيب مالم يعلمه فلو خالعهما على فرس لزمها أدنى فرس وهو الأوكس ولا يلزمها الأعلى ولا الأوسط ، وكذا لو خالعهما

على هذا الثور أو هذا الثور كان له أو كسهما بخلاف المهر لو أمهرها جنسا أو نوعا فإنه يلزم الوسط من ذلك . والفرق بينهما هو أن البضع لا قيمة لخروجه وإلا بطل الخلع ووقع رجعيًا بخلاف دخوله ولأن الموض في النكاح واجب بخلاف الطلاق والموض إنما هو في مقابل الطلاق لا البضع وإن كان لازما له . وفرق بين أن يكون الشيء مقصوداً بالذات وبين أن يكون لازماً غير مراد .

﴿ فرع ^(١) ﴾ فلو قال أنت طالق « على كذا » بهذا اللفظ وقبليت وتصادقا على أنه أراد مالا صح خلعا ولزمها أدنى ما يتمول وعلى هذا إذا قال « إذا كذا فأنك كذا » وتصادقا على أن المراد إذا أبرأتني فأنك طالق كان خلعا أيضاً وكذا لو قال خالعتك « على شيء » صح ذلك ولزمها أدنى مال لا يتسامح به .

﴿ فرع ^(٢) ﴾ ويثبت في عوض الخلع الخيار في سائر الميوب وخيار الرؤية ولا فرق بين المعين وغير المعين وفي المعين يستحق قيمته غير معيب إذا رد بالمعيب وفي غير المعين يتسلم له الأوكس من ذلك الجنس غير معيب .

﴿ فرع ﴾ قال في البحر « فلو أمهرها كبشاً غير معين ثم خالعتها عليه استحق الوسط إذ هو الذي عقد عليها به وقد عينته بالخلع فتساقط فإن أمهرها كبشاً غير معين ثم خالعتها بكبش غير معين أيضاً فلها الوسط بالنكاح وله الأوكس بالخلع لما مر من الفرق بين دخول البضع وخروجه » وإذا طلقها على نفقة معلومة ثم فأت استحق قيمتها وهي أجرة المثل .

﴿ و ﴾ إذا عقد الخلع على عوض ثم انكشف أن ذلك الموض لا يتمول كالحر والخنزير والخنزير بيع مسلمين فإنه ﴿ يبطل الخلع ببطلانه ﴾ أي يبطلان ذلك الموض لعدم صحة تملكه وهذا حيث يكون الزوج هو المبتدئ أو عالماً أنه خمر ونحوه، فإن بطل بعض الموض لم يبطل الخلع مع جهله لكن توفي المرأة الذي لم يبطل إلى مهر

(١) يستفاد من حاشية السجولى اهـ .

(٢) يستفاد من البيان وهامشه اهـ .

المثل حيث هي المبتدئة ، وأما إذا لم تكن هي المبتدئة أو علم ببطلان بعض العوض فإنه يصح الخلع بالباقي .. ولا يبطل الخلع ببطلان عوضه إلا إذا بطل من (غير تقرير) فإن كان ثمة تقرير أو كانت الزوجة المبتدئة فإنه لا يبطل الخلع بل يلزم الزوجة مهر المثل للزوج، وهذا يخالف ما إذا استحق العوض للغير فإنه يلزمها قيمة ما استحق كما مر. والفرق بينهما أن ملك الغير تصبح المخالعة عليه فإن لم يميز ثمت القيمة بخلاف الخمر والخنزير فلا تصبح المخالعة عليه بحال. وإنما يبطل الخلع ببطلان العوض لعلم الزوج أو ابتدائه (لا الطلاق) فلا يبطل بل يقع رجعيًا إذا كان عقدًا مع القبول لا شرطًا فلا يقع شيء.

(مسئلة^(١)) وإذا اختلف الزوجان في عوض الخلع فالقول لها في عديم التزام العوض إذ هو الأصل والبينة على الزوج حيث هو الذي يدعيه، وتثبت البينة بإقراره فإن ادعت أنه لم يقبل في المجلس فعليها البينة لأنها مدعية الفساد، وتثبت البينة بإقراره أيضًا لأن الطلاق قد وقع بإقرار الزوج. والقول للزوج في ذلك أيضًا إذ الأصل عدم الطلاق، فإن قالت خالعتك مكرهة فوجهان: القول لها إذ الأصل براءة الذمة، وللزوج إذ الأصل عدم الإكراه.

(فرع) فإن اختلف في قدر عوض الخلع أو في جنسه أو نوعه أو عينه ففي الشرط البينة عليها وفي العقد القول قولها مع يمينها لأنها قد طلقت بالقبول والأصل براءة الذمة.

(فصل)

(١٧٥)

في أحكام تتعلق بالطلاق (و) هي عشرة (الأول) أن (الطلاق لا يتوقت) انتهاءه كالفسخ والعناق بخلاف الإيلاء والظهار لأن الكفارة ترفعهما، فإذا قال لزوجته

(١) تستفاد من البحر ١٠٠

أنت طالق شهراً أو سنة طلقت مستمراً، أما لو قال أنت طالق بعد شهر فطلق بمسده ونحو ذلك لأنه يتوقّت ابتداءه . ﴿ و ﴾ ﴿ الثاني ﴾ أنه ﴿ لا يتوالى متعدده ﴾ لو طلقها أكثر من واحدة فإنها لا تقع الثانية تبعاً للأولى من دون تخلل رجعة بينهما أو عقد بل يقمان طليقة واحدة وسواء كانتا اثنتين أم أكثر ﴿ بلفظ ﴾ واحد نحو أنت طالق ثلاثاً ﴿ أو ألفاظ ﴾ نحو أنت طالق أنت طالق أنت طالق فإنه لا يقع إلا طليقة واحدة لأن الطلاق عندنا لا يتبع الطلاق في الصورتين معا ﴿ أما الصورة الأولى ﴾ وهي أنت طالق ثلاثاً فالذهب أنها واحدة وهو قول كثير من العلماء . وقد حكى ذلك الإمام عليه السلام في البحر عن أبي موسى ورواية عن علي عليه السلام وابن عباس، وطاووس وعطاء وجابر بن زيد ، والإمام الهادي والقاسم والباقر والناصر والصادق واحمد بن عيسى وعبد الله بن موسى بن عبد الله ، ورواية عن زيد بن علي وإليه ذهب جماعة من المتأخرين منهم ابن تيمية وابن القيم وجماعة من المحققين ﴿ وحجتهم ﴾ ما وقع في حديث ابن عباس عن ركانة « أنه طلق امرأته ثلاثاً في مجلس واحد فخرن عليها حزناً شديداً فسأله النبي صلى الله عليه وآله وسلم كيف طلقها فقال ثلاثاً في مجلس فقال له صلى الله عليه وآله وسلم إنما تلك واحدة فارتجعها » أخرجه احمد وأبو يعلى وصححه وما روى طاووس عن ابن عباس قال : « كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة، فقال عمر بن الخطاب: إن الناس قد استمجلوا في أمر كان لهم فيه أناة فلو أمضيته عليهم فأمضاه عليهم » رواه احمد ومسلم . وفي رواية عن طاووس « إن أبا الصهباء - وهو صهيب الهاشمي مولى ابن عباس - قال لابن عباس هات من هناتك - أي هات من الأشياء العلمية التي عندك - ألم يك طلاق الثلاث على عهد الرسول صلى الله عليه وآله وسلم وأبي بكر واحدة قال قد كان ذلك فلما كان في عهد عمر تتابع الناس في الطلاق فأجازه عليهم » رواه مسلم ، وعن ابن عباس قال : « إذا قال أنت طالق ثلاثاً بغم

- أى بلفظ - واحد فهي واحدة » أخرجه أبو داود . هذا وقد انتحل القائلون بأنها ثلاث أجوبة كثيرة على حديث ابن عباس مسيرين إليها لمذاهب الأسلاف ، لا مختارين للحق والإنصاف ، وأبطلوا بذلك الرخصة الشرعية والرفق المقصود في قوله تعالى : « لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً »^(١) مع أن الحق أحق بالاتباع والتيسير خير من التنفير ، والائتلاف خير من الاختلاف ، كيف وقد أجمع الصحابة إلى السنة الثانية من خلافة عمر على أن الثلاث بلفظ واحد واحدة ولم ينقض هذا الإجماع بخلافه بل لا يزال في الأمة من يفتي ويمعمل به قرناً بعد قرن إلى يومنا هذا .

﴿ وأما الصورة الثانية ﴾ وهي أنت طالق أنت طالق أنت طالق فقول الإمام الهادي وأحد قولي الناصر أنها تكون طلقة واحدة لأن الطلاق عندهما لا يتبع الطلاق إذ الثاني واقع على غير محله فلم يتصف لا بسنة ولا ببعدة سواء كانت المطلقة مدخولاً بها أم لا في مجلس واحد أم في مجالس وهو المختار للمذهب .

﴿ فرع ﴾ وإذا قال أنت طالق أكثر الطلاق أو ملء الدور أو ملء الأرضين أو ملء السموات بجمع المضاف إليه فهو كما لو لم يجمع أو قال أعظم الطلاق أو ملء الأرض أو ملء السماء أو ملء العالم أو نحو ذلك فإنه يقع طلقة واحدة في الكل ذكر معناه في البيان .

﴿ و ﴾ ﴿ الثالث ﴾ أن الطلاق ﴿ لا تلحقه الإجازة ﴾ فلو طلق فضولى عن الزوج لم يصح من الزوج إجازة ذلك الطلاق ولو أجازته لأن الإجازة لا تلحق إلا الموقوف الصحيحة غالباً ولهذا لو خالغ الفضولى عقداً لحقته الإجازة لا إذا كان شرطاً فلا تلحق الإجازة من غير عقد إلا الرجعة وقضاء الدين والقسمة وإجازة الإجازة في البيع وفي القرض وإجازة النهن وإجازة أحد الشريكين للآخر حيث استنفق أكثر منه وإجازة الوارث ما أوصى به الميت وإجازة قبض المبيع وإجازة السيد عتق مكاتبه والصدقة .

(١) الآية في أول سورة الطلاق ١٠ .

﴿ و ﴾ ﴿ الرابع ﴾ أن الطلاق لا يتبعض ﴿ لكن ﴾^(١) يتم كسره ﴿ ولو تملكاً أو توكيلاً . والمعنى أنه لا يتجزأ كالرق والشفقة ، فإذا قال لامرأته أنت طالق نصف طلبة أو عشر طلبة أو جزءاً من ألف جزء من طلبة أو ملكتك أو وكلتك على نصف طلبة أو نحو ذلك وقعت عليها طلبة تامة وكذا إن قال لأربع نسوة ينيكن طلبة وقعت على كل واحدة طلبة طلبة . فإن قال ينيكن طلبة ونصف وقع على كل واحدة تطليقة بدعية وعند من يقول بالتتابع طلقتان .

﴿ و ﴾ ﴿ الخامس ﴾ أن الطلاق ﴿ يسرى ﴾ فإذا وقع الطلاق على جزء منها مشاع ولو قل كالعشر أو دونه أو قال على جزء منها أو على بعض منها متصل بها عند الإيقاع والوقوع سرى إلى جميعها وكذا على عضو منها معين إذا كان متصلاً بها وسواء كان يعبر به عن الجملة كالعين والرأس ونحوها أم لا ولو من شعرها فلو قال عشرك طالق أو عينك طالق أو شعرك طالق أو يدك أو نحو ذلك طلقت جميعاً . فإن قال إن دخلت الدار فيدك طالق فقطعت يدها أو شلت ثم دخلت لم تطلق ، فأما على ما هو مجاور لها كالريق والدمع والدم والعرق واللبن والحمل والبول فلا يقع لأنها فضلات منفصلات عنها ، وكذا ما هو صفة لها كالسواد والبياض والصوت إلا أن يقول أسودك أو أبيضك طالق فتطلق لأن الطلاق هنا وقع على الحمل وفي الأول على الصفة وهكذا ما هو معدوم فيها كاللحية والذكر ونحوها فلا يقع ، وكذا ما هو معنى كالطعم والذوق والشم ، وكذا الحياة فلا يقع بها لأنها كالقدرة والعلم معان تحمل الزوجة ، وأما إذا أضاف الطلاق إلى روحها أو إلى نسمتها فإنه يقع .

﴿ فرع ﴾ فلو التحمت السن بعد قلعها والأذن بعد قطعها ثم أوقع الطلاق على أحدهما وقع إذا اتصل المقطوع بالأصل اتصال حياة وإلا فلا .

(١) فيه تسامح إذ لا يظهر للاستدراك وجه . وقيل هو استدراك من قوله ولا يتولى متعدده

(و) ﴿الحكم السادس﴾ أن الطلاق لا ينسحب ﴿أى لا ينتفى﴾ حكمه بعد وقوعه ولا يبطل فإذا طلق بدعيًا ومذهبه أو مذهب من يقلده أو اعتقاده وقوع الطلاق البدعى ثم تغير اجتهداه أو انتقل إلى مذهب من يقول بعدم وقوعه قبل انقضاء المدة أو بعدها فإنه لا ينسحب حكم الطلاق البدعى بعد وقوعه إلى بطلانه وعدم وقوعه عملاً بالمذهب الثانى لأن المذهب الأول بمنزلة الحكم فإذا طلق زوجتيه معاً طلاق بدعة وهو يرى وقوعه ثم تغير اجتهداه هو وإحدى الرأتين أو انتقل إلى مذهب الناصر أن البدعى لا يقع فإنه لا يثبت له عليهما معاً الرجوع إلى الزوجية بدون رجعة أو عقد عملاً بالمذهب الثانى ولا على التى تغير اجتهداها معه أو انتقلت إلى المذهب الثانى أيضاً فلا انسحاب حتى يعمل بالمذهب الثانى . وكذا لو كانت واحدة وتغير مذهبها إلى مثل ما تغير مذهب الزوج فلا يصح الرجوع بدون رجعة أو عقد باعتبار مذهبها الآخر لأن الاجتهاد الأول بمنزلة الحكم . هذا ما ظهر باعتبار التصويب على لفظ الأزهار وهو المختار للمذهب . وأما إذا أبقينا الأزهار على ظاهره فنقول يلزم المرأة التى تغير اجتهداها مع الزوج حكم مذهب الزوجية التى لم يتغير مذهبها فقد انسحب الحكم باعتبار التزام المرأة التى لم يتغير مذهبها مع الزوج إلى مذهب الزوجية التى لم يتغير مذهبها وهذا فى السنى يلاق التصويب لأن الحكم فيهما معاً هو العمل بالمذهب الأول لأنه كالحكم فلا انسحاب فى الحقيقة إلا على عكس هذه الصورة على خلاف المذهب . وهذا هو الذى فهمه الشارح ابن مفتاح رحمه الله وبني عليه كما فى غيره . فلو كان مذهب الزوج مع إحداها انسحاب الحكم وهو العمل بالاجتهاد الثانى دون الأول فإنه لا يلزم ذلك المذهب المرأة الأخرى ولا ترجع به مع الزوج إلى مذهب الآخر إلا بحكم حاكم يرى الحكم بالاجتهاد الثانى، على أن الناصر وإن كان يقول بعدم وقوع الطلاق البدعى لكنه يقول بأن المذهب الأول بمنزلة الحكم . نعم ولا يجوز لها أن تزوج إلا بطلاق آخر على السنة أو بحكم حاكم هدى يرى أن الاجتهاد الأول بمنزلة

الحكم . هذا إذا كان ثمة مشاجرة من الزوج لها فإن لم يكن ثمة مشاجرة منه جاز لها النكاح من دون طلاق ولا حكم ويكون صحيحاً إلا أنه معرض للفساد لو ترافعا من بعد إلى من يقول ببطلان المذهب الأول لتغير اجتهاد الزوج ويحكم بالتزام حكم المذهب الثاني ، وعلى حكمه ينسحب حكم الطلاق إلى المذهب الثاني ويلزمها ذلك بالحكم لا بمجرد تغير مذهب الزوج ، وعلى هذا فحق العبارة أن يقال « ولا يبطل حكمه إلا بحكم » .

﴿ و ﴾ ﴿ السابع ﴾ أن الطلاق ﴿ يدخله التشريك ﴾ مثاله أن يقول لإحدى زوجتيه أنت طالق ثم يقول للثانية وأنت يا فلانة مثلها أو معها أو شركتك معها فيكون الطلاق في الأولى صريحاً ، وفي الثانية كناية ولو كان معطوفاً على أجنبية . فلو قال وأنت ولم يقل مثلها كان صريحاً فيهما لأنه لا يحتمل في الثانية إلا الطلاق كالأولى لتقدير الخبر المحذوف من جنس المذكور على حد قوله تعالى : « أكلها دائم وظلها » .

﴿ و ﴾ ﴿ الثامن ﴾ أنه يدخله ﴿ التخيير ﴾ أيضاً فيقع به الطلاق على إحدى المخيرتين طلاقهما أو طلاقهن غير معينة ، مثاله أن يقول أنت يا فلانة أو فلانة طالق أو يقول أنت يا فلانة طالق أو فلانة أو فلانة فإن هذا كما لو قال إحداكما أو إحداكن طالق . وقد تقدم حكم ذلك أنه يرفع اللبس برجمة أو طلاق في آخر فصل ١٦٨ .

وقوله ﴿ غالباً ﴾ احتراز من نحو أنت طالق أو لا يسكون الواو فإن هذا التخيير لا يدخله الطلاق بل يبطل به الطلاق لعدم الحزم به ، أما لو قال أولاً بتشديد الواو وكان ممن يعرف العربية فلا تطلق كمن قال أنت طالق أمس إلا أن يقول من أول أو في أول فتطلق لأنه إقرار ، فإن قال أنت طالق واحدة أو لا فلا يقع به الطلاق أيضاً وإن كان يحتمل أنه خير بين واحدة وبين أكثر منها لاحتمال التخيير بين واحدة وعدمها ، وإذا احتمل الأمران فالأصل بقاء النكاح وعدم الطلاق إلا أن يخير بين

زوجته وبين أجنبيه وقع الطلاق على زوجته كما لو خير بينها وبين الحجر ونحوها .
 ﴿ و ﴾ ﴿ التاسع ﴾ أن الطلاق ﴿ يتبعه الفسخ ﴾ ما دامت في العدة من الطلاق ولو بائناً أو في عدة فسخ والفسخ الآخر فسخ لمان فيثبت حكم الفسخ بعده وليس للزوج الرجعة بعد الفسخ ولو كانت في عدة طلاق رجعى . مثال ذلك لو طلق الصغيرة بعد الدخول أو ما في حكمه ثم بلغت في المدة فلها الفسخ أو علمت بالميب بعد الطلاق أو هو فله الفسخ أيضا ، وهكذا لو طلقها ثم رماها بالزنى فلا عنها في العدة وطلبها الفسخ من الحاكم ففسخ وفائدة الفسخ بعده لو كان الطلاق رجعياً فيمنع الرجعة وأما في عدة البائن فذلك لا يكون إلا بعد الدخول، وأما إذا طلق الميعة قبل الدخول بعد التسمية الصحيحة ثم علم بالميب بعد الطلاق فليس له الفسخ ليرجع عليها بنصف المهر الذي سلمه إليها بالطلاق إذ لا عدة عليها ولا يتبع الفسخ إلا فيها ولأنه قد رضى بإزالة ملكه لنصف المهر ﴿ لا العكس ﴾ وهو أن يقع فسخ ثم يطلق بعد الفسخ فإن الطلاق لا حكم له بعد الفسخ ولا يتبعه لأن الفسخ أقوى نفوذاً من الطلاق بدليل صحة الرجعة في الطلاق دون الفسخ ففيه تأسيس عدم الرجعة في الرجعى والرجوع بنصف المسمى إن كان بائناً قبل الدخول ، وأما كون الفسخ يتبع الطلاق ولا يتبع الطلاق الطلاق فالفارق الدليل حيث جمل الثلاث واحدة . « غالباً » احترازاً من أن تسلم الزوجة النمية دون زوجها فينفسخ النكاح بينهما وتبين بانقضاء المدة فإن طلقها في عدة الفسخ وقع الطلاق^(١) فإن تقارن الفسخ والطلاق أو التمس المتقدم منهما رجح الفسخ . وأما الفسخ فلا يتبع الفسخ إلا فسخ اللعان فإنه يتبع جميع الفسوخات ما دامت في العدة وتحرم عليه بعده أبداً .

﴿ و ﴾ ﴿ الحكم الماشر ﴾ ﴿ يقع ﴾ الطلاق ﴿ المقود على غرض ﴾ مقصود نحو أنت طالق على أن تدخل الدار ولم يكن للدخول أجرة وإلا كان خلماً أو نحو ذلك ،

(١) كما ذكر ذلك في النوع السادس مما ينفسخ به النكاح في كتاب البيان اهـ

أو غير مقصود كتحريرك الإصبع ونحوه فيقع **(بالقبول)** وهو قولها قبلت **(أو ما في حكمه)** وهو تقدم السؤال منها كطلقني على دخول الدار ونحوه أو الامتثال منها بأن تدخل الدار فيقع الطلاق رجعيًا ولا يلزمها الدخول، فإن لم يقع قبول ولا تقدم سؤال منها ولا امتثال لم يقع الطلاق، وإذا بعدت الدار عن المجلس فامتثالها نهوضها في المجلس قبل الإعراض فيقع الطلاق ولو تعذر دخولها الدار إما بموت أو خراب الدار. ولا بد أن يقع القبول أو ما في حكمه **(في المجلس قبل الإعراض)** منها بشيء يعد إعراضًا كما مر ذكره، فإن كانت غائبة فيعتبر قبولها في مجلس بلوغها الخبر ومفهوم قول الإمام عليه السلام المعقود يحتز من الشروط فإنه لا يقتصر إلى القبول ولا يعتبر فيه المجلس وإنما يعتبر وقوع الشرط فقط كما مر ولو جاهلة أو ناسية.

(و) **(من أحكام الطلاق)** أنه **(لا يهدم)** منه بتكاح صحيح كما يأتي ويصيره كالمعدوم **(إلا ثلاثة)** فقط لا دونها فلا يهدمها الزوج الثاني، ومهما كان الطلاق ثلاثًا متخللات الرجعة انهدمت وصارت كأن لم تكن فإن عادت إلى الزوج الأول بعد زوج صارت كأن لم يكن قد طلقها شيئًا فيملك عليها ثلاثًا، أما لو لم يكن قد طلقها ثلاثًا بل مرة أو مرتين فإنهما لا يهدمان فإذا عادت إليه بعد زوج لم يملك عليها إلا توفية الثلاث وذلك أن الزوج الآخر إنما يهدم بتحريم المقد عليها من الزوج الذي قبله ولا تحريم إلا بعد الثلاث فلا يهدم ما دونها لانقضاء العلة وهي تحريم المقد.

(و) كذا **(لا يهدم)** **(شرطه)** أي شرط الطلاق. فلو قال لزوجته إن دخلت الدار فأنت طالق فإن هذا الشرط باق لا يهدم **(إلا معها)** أي مع الثلاث الطلاقات **(فينهدم)** بالشرط بها متى انهدمت الثلاث بتكاح صحيح كما يأتي. **(و)** لو كان الشرط بلفظ يقتضي التكرار نحو أن يأتي **(بكذا)** فعلى هذا لو قال أنت طالق كلما دخلت الدار ثم نجز طلاقه لم تنحل الطلاق المشروطة إلا متى استوفى الثلاث ثم

عادت إليه بعد زوج ثم حصل شرط الطلاق وهو دخول الدار لم يقع عليها المشروط. وهو الطلاق لأنه قد انهدم مع انهدام الثلاث .

﴿ و ﴾ الطلاق وشرطه ﴿ لا ينهدمان إلا بنكاح صحيح ﴾ لزوج آخر ولو عبداً فلو كان فاسداً لم يقع به التحليل عندنا والمبرة في صحة النكاح الآخر بمذهب المرأة والزوج الآخر فإن اختلف مذهبهما فلا تحل للأول إلا بحكم حاكم بصحة النكاح بينهما ولا بد ﴿ مع ﴾ العقد الصحيح من ﴿ وطء ﴾ يقع من الزوج الثاني ﴿ في قُبُل ﴾ وأقله ما يوجب الفسل في الثيب وفي البكر إذ هاب البكارة وإن لم ينزل ولو كان الوطء وذكره ملفوف بخرقه فإن ذلك يقتضي الإحلال ولا يقع تحليل بدون ذلك . وإذا طلقها الثاني وأرادت النكاح بالأول وادعت أن الثاني وطئها وأنكر قبل قولها وحلت للأول ما لم يظن كذبها فلو أنكرت دخول الثاني بها وادعى هو وبين عليه لم تحل للأول لأجل ثبوت الرجعة ولا ينهدم الطلاق ولا شرطه بردة إلا أن تزوج المرتدة بمرتد يوافق نكاحها الإسلام اجتهداً على قول أبي مضر ، ولا ينهدمان بالإسلام ولا بتجدد الرق عليهما أو على أحدهما ﴿ ولو ﴾ وقع الوطء ﴿ من ﴾ زوج ﴿ صغير ﴾ إذا طلق بعد البلوغ أو فسخ نكاحه منها نحو أن يمقله بطفلة فترضعها الزوجة هذه المحللة أو يكون مملوكاً فتملكه أو جزءاً منه كما يأتي في لطيفة التحليل، وكان ﴿ مثله يطأ ﴾ كالزاهر وإن لم ينزل ولا بد أن تكون المرأة بالغة أو مثلها توطأ . ومن لطائف التحليل أن يشتري الزوج عبداً مصراً فقامت تزوج المرأة المثلثة به ثم تستدخل ذكره وإن لم ينتشر ثم يهب الزوج العبد منها فيفسخ النكاح بملكها إياه وتمتد من وطئه عدة فسخ في الصورتين وتحل لزوجها بهذه الرخصة الشرعية .

﴿ أو ﴾ وقع الوطء من زوج ﴿ محبوب غير مستأصل ﴾ جب ذكره - بفتح الصاد - وذلك بأن يبق منه قدر الحشفة فأدخلها جميعاً صح التحليل وأما إذا لم يبق منه قدر ما فوق الختان وهي قدر الحشفة لم يصح منه التحليل ﴿ أو ﴾ وقع الوطء من

الزوج الآخر ﴿ في ﴾ حال ﴿ الدمين ﴾ فالحيض ظاهر ، والنفاس حيث عقد له بها في النفاس أو وطئت تحته بشبهة فعلقت فوضعت فوطئها في نفاس الشبهة أو علقت باستدخالها منيته ثم وضعت فوطئها في النفاس . والمراد أن الوطء من الزوج الثاني وإن كان محرماً كحال الدمين أو كانا صائمين أو محرمين فهو يقتضي التحليل للزوج الأول . ﴿ أو ﴾ دخل الزوج الآخر في النكاح ﴿ مضمراً التحليل ﴾ للأول لم يكن ذلك قادحاً في صحة التحليل بل يصح ، وتقدم التواطئ في حكم الإضرار . وأما إذا شرط عليه ذلك أو شرط على نفسه فبعد العقد لا يضر ، وحاله على وجهين : « أحدهما » أن يقول أو يقول له الولي إذا أحلتها فلا نكاح فهذا كنكاح المتعة لأنه مؤقت فلا يصح . الوجه الثاني أن يقول أو يقول له الولي إذا أحلتها طلقها فهذا لا يصح وعلى هذين الوجهين حملوا ما ورد عن ابن مسعود قال : « لمن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم المحلل والمحلل له » رواه أحمد والأربعة من حديث علي عليه السلام وصححه السيوطي والترمذي والنسائي عن ابن مسعود والترمذي أيضاً عن جابر وقال حسن صحيح ، وقال ابن حجر رواه ثقات ، وزاد في « ضوء النهار » وصححه الأئمة كابن القطان وابن دقيق العيد من حديث ابن مسعود وحسنه البخاري من حديث أبي هريرة وصححه ابن السكن من حديث علي ، وله طرق عديدة لها علل من حديث غير المذكورين ، وعن عقبة بن عامر قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ألا أخبركم بالتيس المستعار ، قالوا : بلى يا رسول الله ، قال : هو المحلل لمن الله المحلل والمحلل له » رواه الحاكم وابن ماجه .

﴿ و ﴾ لو قال لزوجته إن دخلت الدار فأنت طالق فدخلت الدار فإنه ﴿ ينحل ﴾^(١) هذا ﴿ الشرط ﴾ أي يبطل الطلاق المعلق به فلو راجعها ثم دخلت مرة أخرى لم تطلق

(١) فان قلت إن هذا الشرط قد تقدم فافائدة التكرار؟ « قلت » فائدته ليذكر أنه ينحل الشرط إذا دخلت وهي مطلقه أو متسوخة . اهـ مفتي .

بالدخول لأنه قد أنهى، وبطل بوقوعه إذا كان ذلك الشرط ﴿بغير كلاً﴾ لأنه لو كان الشرط بكلاً أقتضى التكرار فلا ينحل الشرط بوقوعه مرة واحدة فإذا قال كلاً دخلت الدار فأنت طالق فدخلت طلقت فإذا راجعها ثم دخلت طلقت الثانية ثم كذلك حتى تبين منه بالثالثة لأن كلاً للتكرار بخلاف سائر آلات الشرط . قال ﴿المؤيد بالله ومتى﴾ مثل كلاً في اقتضاءها للتكرار بخلاف سائر آلات الشرط وقد مر بيان المختار^(١) في ذلك إن متى لا تقتضي التكرار فينحل الشرط ﴿بوقوعه﴾ ولو ﴿مرة﴾ واحدة مهما كان بغير كلاً ﴿ولو﴾ كانت عند وقوع الشرط ﴿مطلقة﴾ أو مفسوخة أو مزوجة نحو أن يقول لزوجته إذا دخلت الدار فأنت طالق ثم طلقها طلاقاً ناجزاً أو فسخها فدخلت الدار وهي مطلقة أو مفسوخة منه أو مزوجة بغيره انحل ذلك الشرط فلو راجعها بعد الطلاق الناجز ونحوه وقد دخلت لم تطلق إذا دخلت من بعد لأن الشرط قد انحل بعد دخولها قبل مراجعتها .

﴿١٧٦﴾ باب العدة

العدة بزنة فعلة بكسر الفاء كشدة وسدرة . وفعله في الأصل موضوع بالنوع للنوع كحلسة وركبة ثم سمي به الجماعة المدة قال الله تعالى : « ان عدة الشهور عند الله اثنا عشر شهراً » وقال « فعدة من أيام أخر » وكأنه لم يلحظ في هذا معنى النوعية كما يقال عندى عدة من الرجال . وعدة النساء تحتمل الأول لأنها اسم للحالة التي تكون عليها المرأة عند استبراء زوجها بالولادة أو الأقراء أو الأشهر وتحتمل الثاني لأنها كمدة الرجال التي أمر الله أن تطلق النساء فيها فهي اسم للأيام الخصوصية كما قال تعالى مشيراً إلى العديتين : « فطلقوهن لمدتهن وأحصوا العدة » أي المدة من الابتداء

(١) في آخر فصل ١٦٦ في شرح قوله (ولا يقتضى التكرار إلا كلاً) اهـ .

إلى الانتهاء الثانية غير الأولى لتعقبها بقوله : « لا تخرجوهن من بيوتهن » لأن
الأولى عدة إيقاع الطلاق والثانية عدة وقوع الطلاق، وربما يقال إن العدة الأولى في
الآية ترجع في التحقيق إلى المعنى الأول لأنها اسم للأيام المخصوصة المنصوصة ، وكلام
المصباح يلتفت إلى المعنيين ونفسه « قيل هي لأيام أقرائها مأخوذ من العدد والحساب،
وقيل لأيام تربصها المدة الواجبة عليها » وفي شرح الأتمار: العدة في الشرع اسم المدة
تربص فيها المرأة ولا يحل نكاحها إلا بعد انقضائها. فالعدة الشرعية المضافة إلى النساء
﴿ هي ﴾ على ثلاثة أقسام ﴿ إما عن طلاق ﴾ أو عن موت أو عن فسخ وما عداها
فاستبراء، ولكل واحد منها أحكام كما ستعرف ذلك مفصلاً :

﴿ القسم الأول ﴾ إذا كانت عن طلاق ﴿ فلا تجب ﴾ العدة ﴿ إلا بعد دخول ﴾
بالزوجة وهو الوطء وأقله في حق الثيب ما يوجب الفسل وفي البكر لا بد من إذهاب
البكارة وسواء كانت كبيرة أم صغيرة تصلح للجماع أم لا، وسواء كان النكاح صحيحاً
أم فاسداً ﴿ أو ﴾ لم يقع دخول بل كانت بعد ﴿ خلوة ﴾ لها فهي تقوم مقام الدخول
في إيجاب العدة عليها إذا وقعت ﴿ بلا مانع ﴾ حقيقى ﴿ عقل ﴾ وهو الذى لا يمكن
معه الوطء كالرتق والجب من الأصل وطفولة بأيهما فيعتبر خلو ذلك منهما معاً، لا لو
كان المانع عقلياً غير حقيقى كالجذام أو البرص أو الجنون أو السل أو العنة ومحو ذلك
مما يمكن معه الوطء فتجب معه في الخلوة العدة بمسد الطلاق ، وكذا المانع الشرعى
كأن يكونا صائمين أو محرمين أو في مسجد أو حضر ممهما غيرهما فإن العدة تجب
ولا يضر ذلك المانع . ﴿ ولو ﴾ وقع الوطء أو الخلوة ﴿ من ﴾ زوج ﴿ صغير ﴾ لم يبلغ
الحلم وطلقها بعد أن بلغ إذا كان في حالة ﴿ مثله يطلا ﴾ فيها - كالبراق - وجبت العدة
لإمكان الوطء منه .

﴿ فرع ﴾ ومن وجبت عليها العدة في ظاهر الشرع لأجل الخلوة وتيقنت

(التاج المذهب - ١٤ - ن)

أوظنت أن زوجها لم يطأها فإنها لا تجب عليها المدة فيما بينها وبين الله تعالى وإنما ذلك في ظاهر الحكم، ولا يجوز لها أخذ النفقة أيضاً وسواء كانت الخلوة صحيحة أم فاسدة أما لو وطئها في دبرها لزمها المدة ظاهراً وباطناً، وأما إذا أخذت ماءه فاستدخلته فرجها فلا تلتزمها المدة لو طلقها بعد ذلك لظاهر قوله تعالى « من قبل أن تمسوهن » وهذا ليس بميسر إلا أنها إذا حملت من ذلك وكان عن وطء لغيرها وصادقها لحق نسب الولد به ولا يقتضى تحريم المصاهرة في الفروع لأنه ليس من المقدمات . ويرد في المعاينة : أين رجل تزوج امرأة وحملت منه بولد ولحق نسبه ثم طلقها ولم تجب عليها عدة ولا لزم لها نفقة ولا خرم عليه فروعها . فيجواب عليه بهذا .

واعلم أن المطلقة الممتدة على ستة أحوال : إما حامل ، أو حائل ، ذات حيض ، أو منقطعة ، أو آيسة ، أو ضياء ، أو صغيرة : ﴿ فالحامل ﴾ إذا طلقت انقضت عدتها ﴿ بوضع جميعه ﴾ أى جميع حملها إذا كان لاحقاً بالزوج ولو من وطء شبهة قبل هذا النكاح نحو أن يعقد بها وهى حامل منه لشبهة ثم خلاها وطلقها ووضعت الحمل ولو من غير الفرج انقضت عدتها به مهما لحق به ولو لم يكن من وطء الزوجية ، وإنما تنقضى عدة الحامل بالوضع بشرط أن تضمنه ﴿ متخلقاً ﴾ - منه ولاحقاً به - أى وقد بان فيه أثر الخلقة ولو من غير خلقة آدمى فإن لم يلحق نسبه بالزوج أو لم يكن قد تخلق فعدها بالأقراء من بعد ذلك ﴿ غالباً ﴾ احترازاً ممن تزوجت في العدة جهلاً فأنت بولد لدون ستة أشهر من دخول الثانى ولأربع سنين فما دون من طلاق الأول فلا تنقضى المدة به مع أنه لاحق بالأول وإن كان الحمل توأمين أو أكثر فلا تنقضى عدتها إلا بوضع الآخر متخلقاً ، ولا يكفي تخلق الأول كما هو ظاهر الأزهار .

﴿ فرع ﴾ ^(١) ومدة النفاس ليست من المدة ولا نفقة ولا غيرها لها في تلك المدة إذ قد انقضت عدتها بوضع جميع ذلك الحمل فيجوز للزوج الآخر أن يعقد عليها ولو

(١) يستفاد من المسألة التى بعده من البيان أول المدة اهـ .

قبل أن تنقسل من ذلك النفاس ولا يطاق إلا بعده كما لو عقد بها حائضاً وليس للزوج الأول مراجعتها لو كان الطلاق رجعياً بعد وضع جميع الحمل ولو قبل انقضاء مدة النفاس .

﴿مسئلة﴾ ومن قال إذا ولدت فأنت طالق ثم ولدت لم تمتد بوضع ذلك الحمل ولا يدم النفاس بل بثلاثة أقرء من بعده ، وأقل ما تنقضي فيه عدتها تسعة وثلاثون يوماً لأن عشرين طهرراً من بعد النفاس وتسعة وعشرين أقل المدة وهكذا إذا لم يكن الحمل لاحقاً بالزوج .

﴿و﴾ أما المطلقة ﴿الحائض﴾ أى من كانت من ذوات الحيض ولو مجنونة فإنها تمتد ﴿بثلاث﴾ حيض وهى الأقرء التى فى قوله تعالى : « يترقبن بأنفسهن ثلاثة قروء » ﴿غير ما طلقت﴾ وهى ﴿فيها﴾ وغير ما علمت وهى فيها من الحيض فلا تمتد بها إلا بعد حيضة . والمعتبر ثلاث حيض كاملة بل تمتد بما يحصل بعد ذلك ﴿أو وقعت﴾ الحيض أو الحمل أو الأشهر وهى ﴿تحت زوج﴾ آخر قد تزوجها أو نحوه كالسيد ووطئها^(١) فى القبل وهى فى المدة ﴿جهلاً﴾ منهما مما بتحريم ذلك ، فوقع من الحيض تحته مع الجهل وبعد الدخول لا عبرة به ولا تحسبه من حيض المدة من الزوج الأول ولو حاضت مراراً كثيرة بشرط استمرار الجهل . فلو علما أو أحدهما فزنا إذا وطئ بعد ذلك ولا يقطع حكم المدة ، قال فى حاشية السجولى « أما ما جاء من الحيض تحت زوج النكاح الباطل بعد العلم ببطلان النكاح فلملها تنقضى به المدة حيث حاضت قدر المدة أو تمامها . بعد أن مضى عليها بعد العلم بالبطلان قدر الاستبراء » وهكذا لو تزوجت المرأة أزواجاً عدة واستكملت عدتها من كل واحد منهم بعد طلاقه إلا الأول إذا تزوجت فى عدتها منه فإنها لا تمتد عنه بما حصل معهم من الحيض والعدد فتستبرى من الآخر وتبتدىء المدة عن طلاق الأول أو تستكملها ثم بعد انقضاء

(١) فإن لم يدخل بها انقضت عدتها اه ديباج .

عدتها من الأول تزوج من شاةق ، وأما مدة الاستبراء من الأزواج الآخرين غير الأول فإنها تتداخل إن لم تكن تزوجت على من بعد كل واحد قبل استكمال عدتها منه ، وكالحيض الحمل والأشهر لو طلقت وهي حامل أو حملت من الزوج الأول أو كانت عدتها بالأشهر لعصر أو لوت أو غيرها ثم تزوجت قبل أن تضع الحمل أو تنقضي الأشهر فوضعت ذلك الحمل أو حملت من الآخر فوضعت أو مضت الأشهر تحت الآخر فلا حكم لذلك في انقضاء عدتها به من الأول بل تمتد للأول بمد عدة الآخر بحيض أو أشهر ولا نفقة لها في ذلك على أحد من الأزواج .

﴿ فإن انقطع ﴾ حيضها بعد ثبوته ولو مرة واحدة ﴿ ولو من قبل ﴾ الطلاق ﴿ تربصت ﴾ أى ليس لها أن تمتد بالأشهر لانقطاعه ، وسواء كان العارض المانع من الحيض معروفا كالمرض والرضاع ونحوهما أو غير معروف فتتظار الحيض ﴿ حتى يعود ﴾ الحيض ﴿ فتبنى ﴾ على ما قد حاضته بعد الطلاق إن كانت قد حاضت ولا تستأنف ولا تبتدىء حيث لم يكن قد حاضت بعد الطلاق ﴿ أو ﴾ لم يعد الحيض فتتظار حتى ﴿ تياس ﴾ ^(١) من رجوع الحيض وذلك بأن يبلغ عمرها ستين سنة تحديداً ،

(١) قال العلامة شيخ الإسلام محمد بن علي الشوكاني رحمه الله في السبل الجرار : قوله (فإن انقطع ولو من قبل تربصت حتى يعود فتبنى أو تياس) أقول هذه المسئلة قد اضطربت فيها الأقوال وتفرقت فيها المذاهب . وسبب ذلك أن الله سبحانه بين في كتابه العزيز أقسام المصيدات فجمعها أرباعاً : الحامل ، والحائض ، والتي لم تحض أصلاً ، والآيسة ، وهذه التي انقطع حيضها لعارض ليس واحدة منهم ولم يثبت في السنة المطهرة ما يدل على هذه المسئلة وكل مسئلة لم يوجد عليها النص أو الظاهر في الكتاب ولا في السنة كانت عرضة لآراء الرجال وموطناً لاختلاف الأقوال . وقد حاول بعض أهل العلم إدراج هذه تحت الآيسة فلم يصب فإن معنى الإياس من الحيض لم يحصل لهذه لأنه انقطع حيضها وهي في وقت إمكانه فإن قدرنا أنه حصل لها الإياس من عود الحيض فهي آيسة ولكن حصول الإياس لها بعيد جداً فإن أسباب انقطاع الحيض كثيرة كما صرح بذلك الحكماء في تصانيفهم في العلل وأسبابها .

والحاصل أن الإياس إن كان كما ذكره أكابر من المحققين أنه هو المقابل للرجاء والطمع كان المعتبر =

فإذا آيست عن رجوع الحيض يلوغ هذه المدة (فتستأنف المدة بالأشهر) وهي ثلاثة أشهر ولا تبني الأشهر التي تعتمد بها بعد الإياس على ما قد مضى من الحيض إذا

== في حق هذه هو عدم وجود الرجاء منها لرجوع الحيض وعدم مالمعها في عوده فإذا حصل لها ذلك كانت مندرجة تحت قوله تعالى : (واللاتي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر) ، وأما إذا كان اليأس هو القطع بعدم العود فلا تندرج تحت هذه الآيات إلا بعد حصول القطع لها بعدم معاودة الحيض ، والموجود في كتب اللغة أن اليأس القنوط فإن تقرر ثبوت حقيقة شرعية لليأس كانت مقدمة وإن لم يتقرر ذلك كان الرجوع إلى المعنى اللغوي وهو التوجه ، ولا يندح في وجوب الرجوع إلى المعنى اللغوي ورود استعمال الكتاب والسنة لليأس بمعنى عدم مجرد الطمع في الحال فإن ذلك يكون مجازاً أما إذا كثر الاستعمال بحيث صار مقيداً لكونه الحقيقة الشرعية فهو مقدم كما تقدم .

ولذا عرفت هذا فهاهنا بحث آخر ينبغي أن تعين النظر فيه وتدبره : وهو أن هذه التي انقطع حيضها قبل عدتها أو حال عدتها مندرجة تحت قوله : (واللاتي لم يحضن) فإنه يصدق عليها عند هذا الانقطاع أنها من اللاء لم يحضن فتكون عدتها كعدتهن وليس في الآية ما يدل على أن المراد أنهن لم يحضن أصلاً ، بل المراد بعدم وجود الحيض عند العدة كما تقول من لم يأكل من الرجال فلا تعطه فليس المراد إلا عدم إتيانه إليه حال العطاء لعدم إتيانه إليه دائماً بحيث لو كان قد أتاه مرة في عمره لكان مستحقاً للعطاء .

وقد وقع الاتفاق على أن الصغيرة التي لم تبلغ سن التكليف هي من اللاتي لم يحضن ومعلوم أنه لا يراد عدم حيضها في جميع الأزمنة ماضيها ومستقبلها لانقطاع بأنها إذا بلغت وحاضت لم يكن ذلك مبطلا لعدتها التي اعتدتها حال صغرها بالأشهر .

ومعلوم أيضاً أن المرأة إذا حاضت مرة واحدة يصدق عليها أنها حاضت فإذا تخلف عنها الحيض يصدق عليها أنها لم تحض . وإذا عرفت هذا علمت أن المرأة إذا وجبت عليها العدة وحيضها منقطع لعارض فهي من اللاء لم يحضن فعدتها ثلاثة أشهر كعدة اللاء لم يحضن فإن انكشف أث ذلك الانقطاع للحمل فعدتها تنقضي بوضعه ، وإن استمر الانقطاع ولم يكن سببه الحمل حتى مضت عليها ثلاثة أشهر فقد انقضت عدتها بالأشهر الثلاثة فإن عاد حيضها قبل مضي الثلاثة الأشهر كشف ذلك أنها حائض وهي باقية في العدة فتستأنف العدة بالحيض على أنه لو قيل أنها تحبس بما قد مضى من الأشهر وتحمل كل شهر في مقابل حيضة فإذا عاد عليها الحيض وقد مضى عليها شهران اكنفت بحضة لم يكن هذا بعيداً من الضواب وأي مانع منه؟ فإنها امرأة أدركتها عدتها وهي غير حائض فاعتدت بالأشهر كما أمر الله سبحانه اللاتي لم يحضن وإذا عادت عليها الحيضة صارت من ==

كانت قد حاضت مرة أو مرتين بعد الطلاق بل تستأنف عدتها بالأشهر ﴿ولو دمت فيها﴾ أى فى هذه الأشهر فلا تعتمد بهذا الدم لأنه ليس بحيض وإنما هو دم علة أو فساد لحبيثه بعد الإياس ، ولها مدة التربص النفقة ويثبت بينهما التوارث إذا كان الطلاق رجعيًا .

﴿فإن﴾ انقطع حيضها لعارض فتربصت إلى أن غلب فى ظنها أنها قد بلغت مدة الإياس ثم ﴿انكشفت حاملًا بالوضع﴾ تعتمد على أن الحمل بعد مدة الإياس معتذر إلا أن تأتى به لأربع سنين إلا يوما بعد الإياس فيعلم أنها حملت به فى آخر يوم من الستين . وإنما تكون عدتها بوضع هذا الحمل ﴿إن لحق﴾ الولد بزوجها الذى اعتدت

== النساء الحيض فكملت عدتها بالحيض . وهذا وإن بعد فهمه ونبا عن أذهان المقلدين فله وجه صحيح وتوجيه صحيح .

وبعد هذا كله فاعلم أن هذا التفسير الشديد الذى أوجبه على هذه المرأة من أنها تنتظر إذا لم يعد إليها الحيض إلى أن تياس من عوده وذلك ببلوغها سن الإياس فيه مخالفة عظيمة لهذه الصريعة المطهرة التى جاءت بالتيسير دون التصير وبالتيسير دون التنفير ، فإن المرأة إذا انقطع حيضها وهى شابة وانتظرت حتى تكون عجوزاً كان فى ذلك من التصير عليها والمضارة لها ما لا يجوز سببه إلى هذه الصريعة المطهرة السمحة السهلة فإنها تصير ممنوعة من الأزواج طول عمرها ، وإذا كانت ممن تحب نفقتها على زوجها الذى طلقها كان فى ذلك من التشديد عليه والتفريم له ما لا يبيحه الشرع فإنه صار ينفق ماله على امرأة قد أخرجها من نكاحه ما دامت غير عجوز ، وربما يعصى عليها من السنين العدد الكثير والدمر الطويل فإن من النساء من لا يفارقها الحيض إلا فى ستين سنة فما زاد عليها ، فهل سمعت أذنك بأشد من هذا التفريع على هذه المسكينة وزوجها المسكين ؟ مع أن الله سبحانه قيد ما شرعه لمبادءه بالاستطاعة فقال (فاتقوا الله ما استطعتم) ، وقال الصادق المصدوق صلى الله عليه وآله وسلم : « إذا أمرتم بأمر فأتوا منه ما استطعتم » انتهى .

نعم ولا غرو إن أسهب فى الكلام العلامة الشوكانى كما لا ترتب عليه عند غير المقلدين الجامدين فقد قال قبله العلامة ابن رشد فى كتابه : « بداية المجتهد ونهاية المقتصد » فى باب العدة بعد أن بين قول الجمهور فى المسئلة هذه ، وهى أن تنتظر المرأة الحيض حتى تدخل فى السن الذى تياس فيه من الحيض وحيث تفتد بالأشهر « وهذا رأى فيه عسر وحرج ، ولو قيل أنها تمت بثلاثة أشهر لكان جيداً » اهـ .

منه وهو يلحق به إذا كان الطلاق رجماً وأمكن الوطء فيه سواء أتت به لدون أربع سنين أم أكثر أم كان بائناً وتأتى لأربع سنين فدون من يوم الطلاق .
 ﴿وا﴾ ن ﴿لا﴾ يلحق بالزوج المطلق بأن لا يكون الوطء ممكناً في الطلاق الرجعى من يومه أو تأتى به في الطلاق البائن لغو أربع سنين ﴿استأنفت﴾ العدة بغير وضع الحل لأنه ليس من الزوج بل تعتد بالحيض إذا أتى حيض ولم يكن قد تيقنت بلوغها الستين فإن أتى بعد تيقنها اعتدت بالأشهر كما هي عدة الآيسة ولا عمل على مارأت من الدم بعدها .

﴿و﴾ أما عدة ﴿الضمهياء﴾^(١) وهي التي بلغت بغير الحيض ولم تكن قد حاضت أصلاً من بعد البلوغ إلى أن طلقت فعدتها هي ﴿والصغيرة﴾ التي تكن قد بلغت سواء ، وذلك ﴿بالأشهر﴾ وهي ثلاثة أشهر على ما تهل كالأيسة لكبر سنها فإن وقع الطلاق في أول الشهر فعمل الأهلة وإن كان بعض الشهور التي عمر عليها ناقصاً فإن وقع الطلاق في بعض الشهر أكلت هذا الشهر من أول الشهر الرابع ثلاثين يوماً والشهر الثاني والثالث على حسب رؤية الهلال ولو كان فيهما نقصان .

﴿فرع﴾ قال في البيان وإذا ادعت المطلقة أنها آيسة وقد انقضت عدتها بالأشهر فإن نأكرها زوجها في مضي الأشهر فعليها البينة . وإن نأكرها في الإياس فإن كان الإياس لصغر فالقول قولها إذ هو الأصل . وإن كان لكبر فعليه البينة ببلوغها مدة الإياس .

﴿فإن بلغت﴾ الصغيرة ولو بغير الحيض ولكنها رأت دمه أو حاضت الضمهاء ﴿فيها﴾ أى في مدة الاعتداد بالأشهر ﴿فبالحيض استأنفت به﴾ العدة فتعتد بثلاث حيض ولا تعتد بما مضى من الشهور ولو رأت الدم قبل إتمام آخر يوم من الأشهر فإنها تستأنف العدة بالحيض إذا تم حيضاً . ﴿وا﴾ ن ﴿لا﴾ تبلغ بالحيض بل بالسنين أو الانبثات أو الحمل أو الاحتلام ﴿بنت﴾ على ما قد مضى من الشهور وتستكمل عدتها

(١) سميت الضمهاء لأنها ضاهت : أى شابهت الرجال لكونها لا تحيض .

ولا عبءة ببلوغها فى العدة بفىر الحففى .

﴿ والمستحاضة ﴾ وهى التى أطبق عليها الدم من بعم الطلاق أو من قبله واستمر
 ﴿ الذاكرة لوقتها ﴾ وعددها بأن فحصل لها فمففر الحففى من الطهر من جهة عاآتها
 ففث ففكون معفاة أو بالرفوع إلى عاة قرابفا من قبل أبففا إن كاآف مبفأة كأمر
 فى باب الحففى فى فصل ٣١ ففعمل بفلك ففى فحصل لها كالف العدة فان كاآف ذاكرة
 للوقت دون العمء فالواجب علففا أن ﴿ فحرى ﴾ للعة فى وقت الحففى ووقت الطهر
 ﴿ كالصلاة ﴾ فمففى كما ففحرى للصلاة ففجعل فففىفا فى وقفه وفى كل وقت فمر علففا
 موافقا لعاة فففىفا فففى فففى فففى ولا فففرها فففى العمء وفففرى فى الفففىة
 الأفرة ففجعلها عشرأ وذلك أ كثر الحففى ، ولها فى فففى العشر الفففىة والكسوة
 وله مراعفمفا فففا لأن الأصل ععم مضى العدة فاذا مضف العشر علم انقضاء العدة .
 ﴿ و ﴾ ن ﴿ لا ﴾ فففى ذاكرة لوقفا ﴿ ربصف ﴾ لمرقفا مة الحففى من الطهر إلى مة
 الإفاس ببلوغ الفففى فففى بالآشهر ولا فرق بفن أن فمكنها الففرى ففث كاآف معفاة
 أم لا . وأما إذا كاآف مبفأة ففرجع إلى عاآها من قبل أبففا .

﴿ فصل ﴾

﴿ ١٧٧ ﴾

فى أحكام عة الطلاق الرجمى والبائن والفرق بفنهما ومخالفة أأهما الآخر :
 ﴿ و ﴾ اعلم أنه بفبف ﴿ فى عة ﴾ الطلاق ﴿ الرجمى ﴾ أأع عشر حكما : ﴿ الأول ﴾
 ﴿ الرجمة ^(١) ﴾ فمففى أن لزوفها قبل انقضاء العدة مراعفمفا باللفظ أو بففره من
 مقمءمات الوطاء بفخلاف البائن فلا رجمة إلا بفففففف ففكاح ﴿ و ﴾ ﴿ الفانى ﴾
 ﴿ الارث ﴾ فمففى أن من ماف من الزوففن فى عة الرجمى ورثه الآخر ولو ماف

(١) الرجمة - فففى الزاء وكسرها - عوم المطلق إلى مطلقفه فكاه فى الفففىاء والفاموس .
 قال فى شمس العلوم والففى أفصح - قلت : عئء الفوفرى ، والكسر أ كثر عئء الأزهرى . وهى
 لفة المرة من الرفوع ، وشرعا الرء إلى ففكاح فى عة طلاق ففر بائن على وفه ففصوصاه .

الزوج بعد انقضاء الحيضة الأخيرة وقبل أن تقتسل منها أو تيمم أو يغشى آخر وقت صلاة اضطرارى تأخيراً فإنها ترثه لا بعد أحدهما فلا يرث وكذا المرأة لو ماتت قبل أحدهما فإن الزوج يرثها كما ترثه فإن تقارن الموت وانقضاء عدة المرأة فلا توارث بينهما وأما عدة البائن فلا توارث فيها بينهما .

﴿ و ﴾ ﴿ الثالث ﴾ جواز ﴿ الخروج ﴾ من دار عدتها ﴿ بإذنه ﴾ بمعنى بإذن الزوج وسواء أذن لها بالخروج ليلاً أو نهاراً إلى داره أو إلى دار غيره لعذر أو لغير عذر، بخلاف من هي في عدة البائن فلا يجوز لها الخروج ولو أذن لها الزوج إلا لعذر كما يأتي لأن الحق لله تعالى وللزوج فإن رضى الزوج بإسقاط حقه لم يسقط حق الله تعالى، فإن خرجت ولو بإذنه أثمت ولم يسقط حقه من النفقة والسكوسة .

﴿ و ﴾ ﴿ الرابع ﴾ يندب المطلقة ﴿ التزين ﴾ في عدة الرجعى وذلك بأن تلبس ثياب الزينة من حل وحلى وتستعمل العيب مع حسن الهيئة في ذلك بخلاف المعتدة عن طلاق بائن فلا يجوز لها ذلك بل يجب عليها الاحداد كما يأتي .

﴿ و ﴾ ﴿ الخامس ﴾ أنه يجوز للمعتدة ولو عن نكاح فاسد بعد أن تزين بتلك الهيئة المتقدمة ﴿ التعرض لداعى الرجعة ﴾ كأن تقف في موضع يراها فيه زوجها مع حسن الحديث ورشاقة المشى ونحو ذلك من الأفعال التى تنوق إليها الطباع وتحرك شهوة الجماع لمل زوجها يراجعها ولو غلب في ظنها أنه لا يراجعها فإنه يجوز لها ذلك لأن أحكام النكاح بينهما باقية، ولهذا لو وطئها أو فعل أى مقدمات الوطء كالتمس أو التقبيل لشهوة كان رجعة كما يأتي مالم يكن الطلاق واجبا فلا يجوز لها التعرض لداعى الرجعة ولا يجوز لأيهما النظر إلى الآخر مهما كان الزوج مضرباً عن مراجعتها وعليه أن يؤذنها عند دخول البيت بخلاف عدة البائن فلا يجوز لها التعرض له بحال لانقطاع أحكام النكاح بينهما .

﴿ و ﴾ ﴿ السادس ﴾ لزوم ﴿ الانتقال ﴾ عليها من عدة الطلاق الرجعى ﴿ إلى عدة الوفاة ﴾

لو مات زوجها قبل أن تستكمل العدة أو بعد انقضائها قبل أن تقتسل كما مر في الحكم الثاني ، فإذا مات زوجها قبل ذلك استأنفت عدة أخرى للوفاة من يوم العلم في المأقلة الحائل أو من يوم الموت في الصغيرة أو الحامل ولا تبنى على ما قد مضى من عدة الطلاق بل تستأنف أربعة أشهر وعشرًا بخلاف عدة البائن فإنها إلى عدة الوفاة .

(و) ﴿السابع﴾ وجوب ﴿الاستئناف﴾ بعدة أخرى ﴿لو راجع﴾ ولو باللفظ قبل انقضاء العدة ﴿ثم طلق﴾ أو فسخ بعد أن راجع وجب عليها أن تستأنف عدة أخرى من يوم الطلاق أو الفسخ أو يوم العلم به ولا تبنى على ما قد مضى من العدة قبل الرجعة لأن الطلاق الأول قد بطل بالرجعة ولو لم يدخل بها وصار الحكم للطلاق الآخر ، بخلاف المتدة عن طلاق بائن يبتوبة صغرى فإذا عقد بها زوجها قبل إتمامها للعدة الأولى ثم طلقها أو حصل فسخ قبل الدخول بها لم يلزمها استئناف العدة بل تبنى على ما قد مضى من المدة في الطلاق الأول ولو كان المباح شيئًا يسيرًا نحو أن يعقد عليها ولم يبق من المدة غير يوم أو نحوه ثم لبثت عنده مدة وطلقها قبل أن يدخل بها فتم اليوم فقط فإب وطئ أو خلا بها خلوة توجب العدة ثم طلق أو فسخ أو مات قبل الطلاق وجب الاستئناف .

﴿فرع﴾ قال في حاشية السجولى ما معناه : وإذا خالغ الحامل ثم عقد بها فولدت تحتها ثم طلقها قبل الدخول بها استأنفت العدة بالحَيْض ولا تنقض العدة بوضع ذلك الحمل تحت ذلك الزوج وهكذا في شرح الفجرى .

(و) ﴿الثامن﴾ أن على الزوج ﴿وجوب السكْنَى﴾ لزوجه في عدة الرجعة وهى أحق من النماء بسكنى داره إذا أفلس فإن كانت في دارها بإذنه أو كان عليها أو على أهلها غضاضة بالخروج منه إلى بيته اعتدت في بيتها والكراء عليه ، بخلاف البائنة فلا سكنى لها - في عدتها - على مطلقها .

﴿ فرع ﴾ فإن كان الزوج مضرباً عن مراجعتها ولا يملك إلا منزلاً واحداً لزمه أن يستأجر لها فإن لم يجد جاز الوقوف معها ولو خشى الضرر ووجب غض البصر .
 ﴿ و ﴾ ﴿ التاسع ﴾ ﴿ تحريم الأخت ﴾ ونحوها يعني أخت الزوجة المطلقة رجماً ونحو الأخت كل من يحرم على الزوج الجمع بينها وبين زوجته كالعمة أو الخالة حتى تنقضى العدة بخلاف البائنة فإنه يجوز له نكاح أختها في عدتها .

﴿ و ﴾ ﴿ العاشر ﴾ ﴿ تحريم الخامسة ﴾ على الزوج قبل أن تنقضى عده الأربع أو الرابعة من زواجه لو طلق رجماً وكان له أربع زوجات لأن المطلقة منهن باقية زوجة له مهما كانت في العدة فلا يجوز له أن يتزوج قبل انقضاء العدة بخلاف البائنة من أربع فإنه يجوز له نكاح الخامسة قبل انقضاء عدة الرابعة .

﴿ والحكم الحادى عشر ﴾ إدخال « الأمة على الحرة » فلا يجوز إذا كانت مطلقة رجماً ويجوز إذا كانت بائناً .

﴿ و ﴾ ﴿ أما أحكام عدة الطلاق البائن ﴾ فهى ﴿ العكس ﴾ من الأحكام المتقدم ذكرها في عدة الرجعى فيثبت عكس ذلك ﴿ فى ﴾ عدة الطلاق ﴿ البائن ﴾ فلا تثبت له الرجعة على المطلقة بائناً وسواء فى ذلك البيئونة فى المخالعة وغيرها وسواء كان الخلع بلفظه أم بلفظ الطلاق . ولا ترثه لو مات بعد أن طلقها بائناً ولا يرثها لو ماتت قبل انقضاء العدة ، وسواء طلقها فى حال صحته أم مرضه المخوف وسواء سأله الطلاق فى حال المرض أم طلقها من دون سؤالها ولو قصد بذلك حرمانها إرثها وقد باء بأثمه ولا يجوز لها الترتين كالمطلقة رجماً بل يلزمها الإحداد كما يأتى قريباً ولا تستأنف العدة لو راجع بالعقد ثم طلق قبل الدخول أو فسخ بل تبني على ما قد مضى قبل هذا العقد الجديد فتبني على عدتها الأولى ويجب لها نصف المهر المسمى بالطلاق قبل الدخول إن سمي ولا تعتمد بما حصل من الحيض ووضع الحمل تحت الزوج بعد العقد الجديد ولا شكى فى عدة البائن بخلاف الكسوة والنفقة ولا يجوز لها الخروج وإن أذن

ولا تحرم عليه أختها ونحوها ولا الخامسة . ويجوز إدخال الأمة على الحرة في الطلاق البائن . فلهذه أحكام عدة الطلاق البائن عكس عدة الطلاق الرجعي كما عرفت .

﴿ وأما ﴾ المدة ﴿ عن وفاة بأربعة أشهر وعشر ﴾ ليال مع الأيام من الوقت إلى الوقت بمد الأربعة الأشهر ﴿ كيف كانا ﴾ سواء كانا صغيرين أم كبيرين أم أحدهما ولو طفلاً أو حملاً ومات الموجود منهما قبل وضع الآخر فإنه يثبت التوارث وتجب عليها المدة من يوم وفاته ولو قبل وضع أمها لها لأن أحكام الزوجية ثابتة بينهما وهي حمل وإنما المقعد موقوف مجاز ولا فرق في الاعتداد بين المدخولة وغير المدخولة وبين الحرة والأمة والحائل والحامل منه .

﴿ فرع ﴾ قال في البيان ومن قطع نصفين أو أحد ورثتيه فهو كاليتيم ولو بقى مدة حيا فيورث وتعتد زوجته ويمتق مدبره وأم ولده ولا حكم لكلامه .

﴿ والحامل ﴾ تعتد ﴿ بها ﴾ أي بأربعة أشهر وعشر ﴿ مع الوضع ﴾ إن لحق بالزوج فلا تنقضي عدتها عندنا إلا بآخر الأجلين فإن وضعت قبل مضي الأربعة الأشهر والعشر بقيت في المدة حتى تكمل وإن مضت هذه المدة قبل أن تضع بقيت حتى تضع .

﴿ و ﴾ المتوفى عنها ﴿ لا ﴾ تستحق من تركه زوجها ﴿ سكنى ﴾ فتعتد حيث شاءت ويجب عليها الاستمرار حيث ابتدأت المدة فيه ولا تستحق كفناً لو ماتت في المدة لارتفاع الخطاب بموته وتستحق النفقة والكسوة والفقارة ولو كانت أمة لأن سبب وجوبها قد وجد في حال الحياة .

﴿ فرع ﴾ قال في البيان : ونفقة المدة مقدمة على سائر ديون الميت بمد ما يحتاج إليه الميت في تجهيزه إذا طلبتها الزوجة لمستقبل وسلمت لها فلم تطلبها حتى مضت المدة أو بعضها ثم طلبت لما مضى كانت أسوة الغرماء لا لما يستقبل فتقدم . ﴿ ومتى ﴾ توفي الرجل عن امرأة و ﴿ التبتست ﴾ هذه المتوفى عنها ﴿ بمطلقة ﴾ طلقها قبل الوفاة

طلاقاً **﴿بائناً﴾** مع كونهما **﴿مدخولتين﴾** أو **﴿مخلوياً﴾** بهما **﴿فلا بد لذات الحيض﴾** منهما **﴿من ثلاث﴾** حيض **﴿مهما﴾** أى مع عدة الوفاة لتخرج عن العدة ييقين إذ يجوز في كل واحدة منهما أنها المتوفى عنها فعدتها بالأشهر والمطلقة بائناً فعدتها بالحيض إن كانت من ذوات الحيض . وغير ذوات الحيض يحصل اليقين بعمدة الوفاة فوجب على كل واحدة من ذوات الحيض أن تمتد أربعة أشهر وعشرراً معها ثلاث حيض **﴿من﴾** يوم العلم بـ **﴿الطلاق﴾** إن علمت به وبكفى العلم الجلى فيما هو لها كما سيأتى . فان انقضت ثلاث حيض من يوم العلم قبل الشهور أكلت الشهور وإن انقضت الشهور وليس معها ثلاث حيض استكملتها بعد الأشهر **﴿ولها﴾** في أقصر العدتين لكل واحدة نفقة كاملة لأنه يعلم أن كل واحدة منهما باقية في العدة على الحالين . وأما **﴿بعد مضي أقصر العدتين﴾** فلا يستحقان إلا قدر **﴿نفقة واحدة فقط﴾** تقسم بينهما نصفين لأنه يعلم أن إحداهما قد انقضت عدتها قطعاً : أما المتوفى عنها أو المطلقة فلا تلزم إلا نفقة واحدة ولم يعلم أيهما تستحقها فقسمت بينهما نصفين **﴿كغير المدخولتين﴾** إذا التبس أيهما المطلقة فلا نفقة لها وأيها المتوفى عنها فلها النفقة لأن الوفاة في حقها كالمدخول فلم يستحقا إلا نفقة واحدة **﴿في السكل﴾** من عدتهما تقسم بينهما فلزادعت إحداهما أنها هي المطلقة قبل الدخول سقط بإقرارها ما تستحقه من النفقة . . وأما **﴿المخلوياً﴾** بها فوجب العدة عليها كالمدخولتين سواء، خلا أنه إذا كان الزائد الحيض في الظاهر فقط وأما النفقة فلا حكم للنفقة للمطلقة فيجب لكل واحدة نصف نفقة من ابتداء العدة إلى الانتهاء حيث كان الزائد الشهور وإن كان الزائد الحيض فلا شيء في الزائد وفي الأقصر نصف نفقة .

﴿فإن اختلفا﴾ فكانت إحداهما مدخولة والأخرى غير مدخولة والتبست المطلقة بالمتوفى عنها **﴿فقس﴾** ذلك على ما تقدم فنقول إما أن تعلم المدخولة منهما أو تجهل، فإن علمت فإنها تمتد بأربعة أشهر وعشر معها ثلاث حيض ولها نفقة كاملة في أقصر

المدتين، ونصف نفقة في الزائد، وغير المدخولة تعتد بأربعة أشهر وعشر ولا تحتاج إلى الحيض ولها نصف نفقة كما تقدم بيانه، وإن جهلت المدخولة فلكل واحدة في أقصر المدتين ثلاثة أرباع نفقة لأنك تقدر أنها مطلقة مدخولة فلها نفقة، ميتة مدخولة، فلها نفقة، ميتة غير مدخولة، فلها نفقة مطلقة غير مدخولة، فلا شيء لها، فقد لزم في ثلاث أحوال وسقطت في الحال الرابعة فيلزم ثلاثة أرباع نفقة في أقصر المدتين لكل واحدة وفي الزائد إن كان المتأخر الشهور فنصف نفقة لكل واحدة لأنك تقدر أنها مطلقة فلا شيء لها سواء كانت مدخولة أم لا لأن عدة الطلاق قد انقضت. وإن قدرت أنها ميتة فلها نفقة في الزائد لإتمام الأربعة الأشهر والعشر فقد لزم في حال وسقطت في حال فاستحقت كل واحدة نصف نفقة. وإن كان الزائد هو عدة الطلاق فلكل واحدة ربع نفقة لأنك تقدر ميتة مدخولة فلا شيء، ميتة غير مدخولة فلا شيء، مطلقة غير مدخولة فلا شيء، مطلقة مدخولة فلها نفقة، فلزم في حال وسقطت في ثلاث أحوال فيلزم ربع نفقة ويلزم كل واحدة أربعة أشهر وعشر معها ثلاث حيض لكل من ذوات الحيض، فإن التبس في حقهن الزائد هل الشهور أو الحيض فيلزم لكل واحدة في هذا الالتباس ثلاثة أثمان نفقة. حكى هذا في شرح الفتح لأنك إن قدرت أن الزائد الشهور فنصف نفقة وإن كان الزائد الحيض فربع نفقة يقسم الجميع على حالين يأتي ثلاثة أثمان نفقة.

﴿ وأما العدة ﴾ عن فسخ^(١) لعقد النكاح ﴿ من حينه ﴾ يعني من يوم وقوع

(١) قال في البيان: مثله فإذا مسخ الزوج إلى حيوان اعتدت نساؤه عدة فسخ، وإلى جاد عدة وفاة، هذا هو المختار. وقيل بل عدة وفاة على كل حال اه مفتي وحيث وضمارى وهبل، قلت « وهذه المسئلة من فضول المسائل، فتي كان في الإسلام مثل ذلك وكمن أمثالها شغل المفرعون أوقاتهم بها، نعم، وأما إذا ارتد ولحق بدار الحرب فعدة فسخ وهو الصحيح للمذهب اه.

الفسخ لا من أصله ﴿ فكالطلاق البائن ﴾ يعنى أن العدة في الفسخ كالعدة من الطلاق البائن . ووجه مشابهته له أن كلاّ منهما رفع للنكاح من حينه لا من أصله على جهة البيئونة فلذا خص البائن بالذكر دون الرجعى . ومثال الفسخ من حينه فسخ الصغيرة بعد البلوغ ولو كان بالحكم وفسخ اللعان والفسخ بالغيب الحادث بعد الدخول أو قبله وباختلاف الملة وبالرضاع الحادث بعد النكاح وفسخ المتيقنة ، وأما تجدد الرق عليهما أو عليها فيكفى حيضة وفسخ فساد العقد من دون حكم وفسخ عدم الكفاءة وفسخ ملك أحدهما الآخر كل هذه من حينه .

وقوله ﴿ غالبا ﴾ يحترز من الفسخ بالردة فإنه إذا مات المرتد أو لحق بدار الحرب ورثه المسلم من أحد الزوجين إذا كان ذلك بعد الدخول سواء كانت الردة في دار الحرب أم في دار الإسلام .

(فصل)

(١٧٨)

في حكم العدة عن الطلاق والموت والفسخ . وهذا الفصل قد تضمن ستة أحكام :
 ﴿ الأول ﴾ قوله ﴿ وهى ﴾ أى العدة تعتبر أحكامها ﴿ من حين العلم لعاقلة الحائض ﴾ والمراد بالحائض غير الحامل ، والمعنى أنه من طلقها زوجها سواء كان الطلاق رجعياً أم بائناً أو مات أو انفسخت عنه لزمها العدة إذا كانت عاقلة غير حامل من وقت العلم بموجب العدة لامن وقت الوقوع ، هذا هو المختار للمذهب . والمراد بالعلم هنا العلم الشرعى وهو الخبر المفيد للظن فيعمل به فيما هو لها كالنفقة ونحوها لا التزويج فلا بد من الحكم بعلم الحاكم أو بالشهادة ويكون حكم ما قبل العلم حكم تلك العدة ، إن كانت عن رجعى فحكم الرجعى وإن كانت عن بائن فحكم البائن ، فلا ترث ولا يثبت له شيء من أحكام الزوجية لأن الطلاق مثلاً قد صدر من مالكه وصادف محله فوقع وانقطعت أحكام الزواج بينهما . وإنما جعل من يوم العلم للتعبد من الاحداد

وغيره، ولهذا لو طلقها طلاقاً رجعياً ولم يبلغها الطلاق حتى مات الزوج وعلمت بالطلاق حينئذ فإنها تمتد للموت وترثه لأنها تحكم بأنه مات وهي باقية له زوجة إذ حكم ما قبل العلم حكم تلك المدة قل أم كثر، فإن كان الطلاق بائناً فلا توارث بوقوعه ولو لم تعلم بالطلاق إلا بعد وفاته طالت المدة أم قصرت والمراد بالعلم العلم بموجب المدة ولو اختلف السبب كأن يبلغها أنه مات زوجها فاعتدت عدة وفاة فأنكشف أنه طلق فقد انقضت المدة بذلك . وإنما قال « للعاقلة » ولم يقل للمكفئة لتدخل السكرى والنأمة .

﴿ و ﴾ تعتبر أحكام المدة ﴿ من ﴾ يوم ﴿ الوقوع ﴾ لسبب المدة من طلاق أو موت أو فسخ ولو قبل العلم ﴿ لغيرها ﴾ يعني لغير العاقلة الحائِل، وذلك في حق الصغيرة والمجنونة والحامل فعدتهن من يوم وقوع سبب المدة . ولا يعتبر علمها فإذا حصل ما به الاعتداد من وضع الحمل أو الحيض في حق المجنونة أو الشهور في حق الصغيرة انقضت به المدة ولو لم تكن قد عقلت سبب وجوب المدة ولا علمت به فإن كان الاعتداد عن وفاة فله حكمه . ويشترط في الحامل المعتدة عن وفاة أيضاً علمها في بقية المدة حيث تقدم وضع الحمل على الشهور . فلو بلغت الصغيرة وأفاقت المجنونة في بقية المدة اعتبر العلم في الباقي حيث بلغت الصغيرة بغير الحيض وأما به فإنها تستأنف المدة بالحيض .

﴿ و ﴾ ﴿ الحكم الثاني ﴾ ﴿ تجب في جميعها ﴾ أى في عدة الطلاق والموت والفسخ ﴿ النفقة ﴾ للمعتدة ولو طالت مدتها وأبنا وجبت النفقة وجبت الكسوة ﴿ غالباً ﴾ احتراز من المعتدة عن فسخ بأمر يقتضى النشوز كاللعان ونحوه وعن المعتدة عن طلاق بعد خلوة قبل الدخول فلا نفقة لها كما سيأتى إن شاء الله تعالى .

﴿ و ﴾ ﴿ الحكم الثالث ﴾ أنه يجب ﴿ اعتداد الحرة ﴾ البالغة العاقلة ولو كافرة ﴿ حيث وجبت ﴾ عليها المدة وذلك حيث طلقت أو علمت فلا يجوز لها الخروج

من دار عدتها ويجوز لها التنقل في بيوت الدار، فلو أذن لها مطلقها بالخروج فليس له ذلك إلا حيث كان الطلاق رجماً كما تقدم . وقول الإمام عليه السلام « الحرة » يحتز من الأمة المزوجة والمذبرة والمكاتبه فإنه يجوز لها الخروج ولا تسقط بذلك نفقتها . وقولنا البالغة العاقلة يحتز من الصغيرة والمجنونة فتعتد حيث شاءت ولا يجب على الولي الأمر ﴿ ولو ﴾ وجبت العدة وهي ﴿ في سفر ﴾ فإنه يلزمها أن تعتد في ذلك الموضع ولا يجوز لها أن ترجع إلى بلدها إذا كان ما بينها وبينه ﴿ بريداً فصاعداً ﴾ ولو في سفرها للحج فتصير محصورة عن الحج، فإن كان بينها وبين بيتها الذي يلزمها الاعتداد فيه دون البريد وجب عليها الرجوع لتعتد فيه ، وتقف المتوفى عنها لعدتها حيث شاءت لأنه لا يمتنع عليها بيتها ويتمتع عليها الوقوف حيث ابتدأت العدة فيه ويجب عليها الاستمرار فيه كما مر .

﴿ والحكم الرابع ﴾ أن المتهمة عن وفاة يجوز لها أن تخرج من دارها طيلة النهار وبعض الليل ﴿ و ﴾ لكن ﴿ لا تبين ﴾ أكثر الليل ﴿ إلا في منزلها ﴾ أي دارها التي اعتدت فيها سواء كانت في سفر أو حضر، فلو كانت في دار منازلها عدة جاز لها التنقل فيها من بيت إلى بيت والمبيت حيث شاءت منها والخروج من الدار مهما لم تبت أكثر الليل خارجها ﴿ إلا ﴾ أنه يجوز لها الخروج من موضع اعتدادها وذلك ﴿ لعذر ﴾ حصل معها منعها من الوقوف في ذلك المكان ﴿ فيهما ﴾ يعني في حق المقيمة والمسافرة الخارجة عن بريدها : أما المقيمة فنحو أن تخاف سقوط البيت عليها أو يكون لغيرها وطلب منها الخروج منه أو لزوجها والعدة عن طلاق بائن، ومن ذلك الوحشة أو يكون عليها أو على أهلها غضاظة ، وأما المسافرة فنحو أن لا تجد في ذلك الموضع حاجتها من ماء وغيره أو لا تأمن إن وقفت فيه، فإن أمنت وقد سارت بعض المسافة فلا يتجدد عليها الخطاب بل تمضي . فإن كان بينها وبين منزلها وبين مأمنها

وبين الموضع الذى أرادت أن تسافر إليه يريد أو أكثر فهى مخيرة إن شاءت رجعت إلى بيتها وإن شاءت خرجت إلى الموضع الذى أرادت وإن شاءت عدلت إلى المأمن، والأولى لها من باب النذب الرجوع مع الأمن إلى منزلها . وإنما تخير مع الخوف إذا لم تكن قد أحرمت بالحج إذ لو قد أحرمت به لم تخير^(١) بل تتم فيه .

(و) ﴿الحكم الخامس﴾ أنه يجب ﴿على﴾ المعتدة ﴿المكلفة﴾ حرة كانت أو أمة ﴿المسلة الاحداد﴾^(٢) فى مدة العدة حتى تنقضى ، وقوله المكلفة المسلة لتخرج الصغيرة والمجنونة والكافرة فلا إحداد عليهن . فإن بلغت الصغيرة بغير الحيض أو أفادت المجنونة أو أسلمت الكافرة وجب عليها الاحداد فى باقى العدة فإن كان بلوغ الصغيرة بالحيض استأنفت العدة به ووجب عليها الاحداد فى جميعها . والاحداد هو ترك الزينة وما يقع به تجمل المرأة من خضاب وطيب وكحل ودهن ، ولا فرق بين دهن ما ظهر منها وما خفى ولو بالسمن إلا لضرورة ، ولا تلبس مصبوغة بالصفرة ونحوه إلا أن يكون بالحال لا زينة فيه ويجوز لها لباس البياض والسواد وما يلى صبغه من الأصفر ونحوه ، ويجوز لها أن تكتحل بالتوتيا وتغتسل بالصابون وتغسل رأسها به أو بالسدر ولو ، فى الحمام والامتنشاط وقلم الأظفار . والاستحداد وإزالة الأوساخ بالصابون والتزين فى الفراش والبسط والستور وأثاث البيت لأن الاحداد فى البدن لا فى الفراش ويجوز لها أكل الأطعمة المصبوغة بالزعفران والمصفر وأن تقعد حيث يشار الطيب ، حكى ذلك فى روضة النووى وشرح النجوى . والحاصل أنه يعتبر فى كل بلد بئرفها فى التزين وما يتجملون به من حللهم وحليهم ولو من صفر أو حديد أو زجاج أو ودع أو نحو ذلك .

(١) وهذه المسئلة لا تنقض ما تقدم فى الحج فى فصل ١٣٣ فى شرح قوله (أو تجدد عدة) فذلك مبني على الأمن وهذه مبني على الخوف فحيث تم ما أحرمت به هنا وقد بينا مثل هذا هناك .
(٢) وهذا فى النكاح الصحيح لا الفاسد فلا إحداد عليها فى عدته كما تقدم فى آخر فصل ١٥٢ فى قوله (وهو كالصحيح إلا فى الإحلال والإحداد) .

وإنما يجب الاحداد على المعتدة ﴿ في غير ﴾ الطلاق ﴿ الرجعى ﴾ لا فيه فيندب الزينة كما تقدم لأنه لا احداد فيه بل في عدة البائن والمفسوخة والوفاء .
﴿ فرع ﴾ ويندب للمرأة الاحداد ثلاثاً على غير زوجها إذا مات قريب أو غيره ممن يحزن عليه وسواء رأت جنازته أم لا والرجل يوماً واحداً إذا كان ممن يحزن عليه ولا تجوز الزيادة على ذلك .

﴿ و ﴾ ﴿ الحكم السادس ﴾ ﴿ يجب ﴾ على المعتدة ﴿ النية فيهما ﴾ يعنى في العدة والاحداد ﴿ ولا ﴾ يجب عليها ﴿ الاستئناف ﴾ للعدة ﴿ لو تركت ﴾ النية ﴿ أو ﴾ تركت ﴿ الاحداد ﴾ بل تبني على ماضى وتكون آئمة على ترك النية مع العلم .
﴿ وما ولد ﴾ ته في العدة ﴿ قبل الاقرار ﴾ منها ﴿ بانقضائها ﴾ يعنى العدة ﴿ لحق ﴾ نسبه بزوجها المطلق لها وانقضت به العدة وسواء كانت عدتها قبل ظهور الحمل بالحيض أو بالشهور ، وإنما يلحق به ﴿ إن أمكن منه حلالا ﴾ يحتز من أن لا يمكن كونه من الزوج إلا عن وطء حرام وذلك نحو أن يطلقها قبل إمكان البلوغ طلاقاً بائناً ثم تبلغ بالحمل في العدة وتأنى بولد فإنه لا يمكن كونه من الزوج عن وطء حلال لأنهم بائنة فلا يصح تجوز وطئها في العدة وكذا لو طلقها قبل إمكان البلوغ طلاقاً رجعياً ثم مضت عليها ثلاثة أشهر قبل إمكان البلوغ ولم يراجعها فيها ثم أتت بولد لستة أشهر بعد انقضاء العدة وهى الثلاثة الأشهر فإن هذا الولد لا يمكن كونه من الزوج عن وطء حلال فلا يلحق به في هاتين الصورتين .

وأما إذا أمكن منه حلالاً فإنه يلحق به ﴿ في ﴾ الطلاق ﴿ الرجعى مطلقاً ﴾ أى سواء أتت به لدون أربع سنين أو أكثر حيث أمكن الوطء لأنها تجوز في كل وقت من بعد الطلاق إلى يوم الوضع أنه راجعها ووطئها ولا يعتبر منها المصادقة على الوطء لثبوت الفراش ولوجوب حملها على السلامة أنها وطئت في العدة من زوجها هذا إن جاءت به لفوق أربع سنين ﴿ و ﴾ أما ﴿ في ﴾ الطلاق ﴿ البائن ﴾ فيلحق نسب الولد

به قبل الاقرار بانقضائها إذا أتت به ﴿لأربع﴾ سنين ولحظتين ﴿فدون﴾ من الوقت الذى يليه الطلاق واعتبار اللحظتين لا بد منه لحظة لإمكان الوطء قبل الطلاق ولحظة للولادة عقيب مضي أربع سنين ، ومجيئه فى أكثر مدة الحمل ويجوز أنه فى بطن المرأة من قبل الطلاق بلحظة لوجوب حمل المرأة على السلامة ، فإن أتت به لأكثر من ذلك لم يلحق به لعدم جواز الرجعة والوطء فى الطلاق البائن وعدم تجوز أنه من قبل الطلاق لمضى أكثر مدة الحمل حينئذ يعلم أنه من غير الزوج .

﴿وكذا﴾ لو أتت بالولد ﴿بعده﴾ أى بعد الاقرار بانقضاء العدة بمدة مقدرة ﴿بدون ستة أشهر﴾ - من وقت الاقرار - لحق الولد به فى الرجعى مطلقاً وفى البائن إذا أتت به لأربع سنين فدون من يوم الطلاق والمراد إذا عاش الطفل مدة لا يعيش فيها إلا الكامل فإن مات لم يلحق لجواز أنه وطئها بعد الاقرار بانقضاء العدة ﴿لا﴾ إذا أتت بالولد لمدة مقدرة ﴿بها﴾ أى بستة أشهر ﴿أو بأكثر﴾ من يوم الاقرار فإنه لا يلحق لأن الظاهر صحة إقرارها بانقضاء العدة وأن الحمل حدث من بعد ﴿إلا حملاً ممكناً﴾ كونه منه ﴿من الممتدة بالشهور لليأس﴾ عن الحيض وهو بلوغ الستين فيلحق به وتنقضى به العدة ولو أتت به لستة أشهر من يوم الاقرار ، وصورة ذلك أن تدعى المرأة أنها قد صارت آيسة من الحيض لأجل الكبر فتتمتع بالأشهر وتقر بانقضائها ثم ظهر بها حمل فإن ظهور الحمل يدل على كذبها فى الستين والانقضاء . فكأنها لم تقر . فيلحق به فى الرجعى مطلقاً وفى البائن لأربع فادون من يوم الطلاق وقد مر شيء من هذا « لا لو لم يمكن » إلحاقه به رأساً « كملقة بائنا » طلق « قبل إمكان البلوغ » لأنه ليس من قبل الطلاق إذا وقع الطلاق قبل إمكان الحمل رأساً ولا من بعده لأنه لا يجوز الوطء للبائنة فلم يمكن منه حلالاً سواء أتت به لأربع أو فوق أو لستة أشهر من يوم الاقرار أو دون لأننا لانحملها على كذبها بل نحكم أنها إنما وضعت لستة فصاعداً « أو » كان الطلاق « رجعياً » ثم بلغت بالحيض

وهي في العدة ثم أقرت بانقضائها ثم جاءت بولد لستة أشهر فما فوق من يوم الاقرار فلا يلحق به لأنه حمل تام بعد العمل على انقضاء العدة بإقرارها .

﴿ فرع ﴾ ^(١) وأما المعتدة عن وفاة إذا جاءت بولد بعد الوفاة فإن أنت به قبل أن تقر بانقضاء العدة لحق باليت ما جاءت به لأربع سنين فما دون لا فوقها مطلقاً وذلك حيث لم تزوج المرأة أو تزوجت وأنت به لدون ستة أشهر من يوم التزويج وإن كانت قد أقرت بانقضاء العدة وأنت بالولد بعد ذلك فكالصغيرة التي يجوز عليها الحبل فيلحق بالزوج حيث أنت به لدون ستة أشهر من انقضاء العدة ، وبها أو فوقها لا يلحق به .

﴿ مسألة ﴾ وإذا تزوجت المعتدة بعد مضي مدة يمكن انقضاء العدة فيها وهي تسعة وعشرون يوماً في حق ذات الحيض كان نكاحها إقراراً بانقضاء العدة، فإذا ادعت بعد بقاء العدة وأنها جهلت الأمر لم تقبل دعواها لأن إذنها بالنكاح كالإقرار بانقضاء العدة ، وهذا في عدة البائن أو في الرجعي ولم يخاصم زوجها الأول إذ لو خاصم لم يقبل قولها إلا بشهادة عدلة في الحيض أو عدلين في الأشهر أو حكم الحاكم بعلمه .

﴿ ١٧٩ ﴾ . ﴿ فصل ﴾

﴿ ولا عدة فيما عدا ذلك ﴾ المتقدم ذكره من الطلاق أو الموت أو الفسخ الحيني ﴿ لكن ﴾ قد ﴿ تستبرأ ﴾ المرأة من وطئها مدة في سبع حالات ولا نفقة لها في مدة الاستبراء من الذي حملت منه لامن الماقد فيجب عليه . ﴿ الأولى ﴾ قال في البحر من وطئت لشبهة حرة كانت أو أمة يستبرئها من هي تحته حفظاً للنسب ﴿ والثانية ﴾ ﴿ الحامل من زنى ﴾ فإنها تستبرأ ﴿ للوطء ﴾ وكذا مقدماته من الاستمتاع وغيره

(١) يستفاد الفرع من المسئلة بعده من البيان وهامشه .

﴿ بالوضع ﴾ للحمل ولو كان الزاني هو الزوج الذي يريد وطئها الآن بالعقد وقد زنى بها من قبل فإنه لا يجوز له وطؤها بعقد النكاح إلا بعد أن تضع ولا أن يستمتع منها أيضاً لأن الولد ليس من زرعه ولا يلحق به . وأما للعقد فلا يجب أن تستبرأ فيجوز العقد على الحامل من زنى للزاني وغيره ولا توطأ الحرة ولا يعقد بالأمه حتى تضع وتطهر من نفاسها، فإن مات زوجها هذا فعنتها من وفاته أربعة أشهر وعشر لا يوضع الحمل من زنى . فإن كانت الزانية غير حامل لم يجب استبراؤها للعقد ولا للوطء عندنا ما لم يظن حملها وجب استبراؤها .

﴿ فرع ﴾ فلو أن رجلاً عقد على الحامل من زنى ثم وطئها قبل الاستبراء بالوضع وهي مثلية من زوجها الأول فطلقها الثاني حلت للأول لو أراد أن يتزوجها .

﴿ و ﴾ ﴿ الثالثة ﴾ ﴿ المنكوحة ﴾ نكاحاً ﴿ باطلا ﴾ وهي التي نكحت في العدة ودخل بها الزوج مع الجهل منهما فيجب الاستبراء إذا أراد العقد فإن كان بطلان نكاحها ليس لأجل العدة ونحوها بل لبطلانه من أصله نحو أن يكون بنفسي ولى وشهود فيجوز له العقد والوطء من غير استبراء لولو أراد أن يتزوجها نكاحاً صحيحاً مع جهلهما ولو كانت حاملاً منه .

﴿ و ﴾ ﴿ الرابعة ﴾ ﴿ للفسوخة من أصله ﴾ وهي التي تزوجت من غير ولى وشهود مع الجهل منهما ثم فسخه الحاكم فإنه يجب عليها الاستبراء إذا وقع الفسخ بعد الدخول .

﴿ و ﴾ ﴿ الخامسة ﴾ ﴿ حربية ﴾ مدخول بها لا تخلوها فقط إذا ﴿ أسلمت عن ﴾ زوج لها ﴿ كافر و ﴾ سواء ﴿ هاجرت ﴾ أم لا فإنه يجب استبراؤها للعقد. وقوله وحربية لتخرج بذلك الدمية إذا أسلمت عن كافر أو طلقها زوجها فعليها مثل ما على سائر المتعدات من العدة . فهؤلاء الثلاث المذكورات في الأزهار من قوله والمنكوحة باطلاً إلى هنا يجب استبراؤهن من ذلك الوطء للعقد مدة ﴿ كمدة الطلاق ﴾

عدداً لا أحكاماً فلا نية ولا نفقة ولا إحداد ولا كسوة ولا سكنى : فمدة الحمل بوضع جميع الحمل متخلفاً كما مر ، والحائض بثلاث حيض غير ماطقت أو فسخت أو أسلمت فيها كما مر ، والصغيرة والآيسة بثلاثة أشهر كما تقدم أيضاً . فإن بلغت إحدى هؤلاء الثلاث وقد استبرأت بشهرين وكان بلوغها بالحيض ، أو كانت ذات حيض واستبرئت بحيضتين ثم أيست عن الحيض وجب الاستئناف بما انتقلت إليه ، فالصغيرة بثلاث حيض ومن أيست بحيضتين ومن هذا تعرف مشابته لمدة الطلاق . ولا يخالف هذا الاستبراء مدة العدة (إلا) في سورة واحدة وهي (أن المنقطة الحيض) من هؤلاء الثلاث (لما رضى) معروف أم لا ، وكذا المستحاضة الناسية لوقتها وعددها أو للوقت فقط حكم آخر وهو استبراؤها (بأربعة أشهر وعشر) بخلاف الممتدة فإنها تترتب إلى مدة الياس كما تقدم .

(و) (السادسة) (أم الولد^(١)) إذا (عتقت) باعتاق سيدها لم يجر نكاحها لغير سيدها حتى تستبرأ (بحيضتين) وجوبا. قال في شرح الأثمار: وإنما كان استبراؤها بحيضتين قياساً على بيع الأمة لأنها تستبرأ بحیضة على البليغ وأخرى على المشتري والجامع زوال الملك . (وندبت) حيضة (ثالثة للموت) وإن كانت أم الولد آيسة فبشهرين ويندب الثالث وأربعة أشهر وعشر في حق المنقطع حيضها لما رضى معروف أم لا .

(و) (السابعة) (المعتقة) فإنه يجب أن تستبرأ (للوطء بالنكاح) المتجدد (بحیضة) أو شهر في الآيسة والصغيرة والمنقطة بأربعة أشهر وعشر وبوضع الحمل إن كانت حاملاً أو تمام العدة وأما المقد فيجوز قبل الحيضة (ولو لمعتق) أى ولو كان المعتق هو الذى أراد نكاحها فإنه يجب عليه أيضاً استبراؤها للوطء كالأجنبي إذا وقع المعتق (عقيب شراء أو نحوه) من إرث أو نذر أو هبة أو سبي

(١) لا المدبرة فلا عدة عليها اه يان .

فأما لو كان العتق متراخياً عن الشراء بحيث قد مضى قدر مدة الاستبراء سقط وجوب الاستبراء عن العتق .

﴿ ١٨٠ ﴾ (فصل)

في الرجعة وما يتعلق بها . واعلم أن الرجعة لا تصح إلا بشروط ثلاثة: ﴿الاول﴾ قوله ﴿ولمالك الطلاق﴾ بالاصالة ﴿فقط﴾ يعني لا تصح الرجعة إلا من مالك الطلاق بالاصالة وهو الزوج حراً أم عبداً فلا تصح الرجعة من غيره ولا من المملك لو ملك الزوج غيره طلاق زوجته ولا من الوكيل ولو فوض لا الموكل بها ولا من السيد المالك للزوج ولو بالعقد لأنه رجعة لا عقد حقيقة .

﴿الشرط الثاني﴾ قوله ﴿إن طلق رجعيًا﴾ لا بآثنا فلا رجعة فيه .

﴿الشرط الثالث﴾ أن تقع الرجعة ﴿ولمَّا﴾ يتمقبه من حين الطلاق إلى وقت الرجعة «فسخ» كان «يرتد أحدهما» فينفسخ النكاح، والفسخ يتبع الطلاق ولا رجعة بعد الفسخ إذ هو كالطلاق البائن. قال في حاشية السحولي : أما لو ارتدا معاً في حالة واحدة إلى ملة واحدة لم تمتنع الرجعة مادامت المدة سواء راجع في حال الردة أو بعد الإسلام ، فإن أسلم الذي أو الذمية بعد طلاق رجعي ولحقه الآخر في المدة صحت الرجعة .

ومتى كملت الثلاثة الشروط المتقدمة كان للزوج فقط ﴿مراجعة من﴾ طلقها إذا ﴿لم تنقض عدتها﴾ فلو انقضت عدتها لم تصح الرجعة من بعد فإن تقارن الانقضاء والرجعة صحت الرجعة وكذا لو التبس، إذ الأصل بقاء المدة .

﴿ويعتبر﴾ أن تكون المراجعة ﴿في﴾ حق المعتدة ﴿الحائض﴾ قبل ﴿كمال﴾ الفسل ﴿من الحيض ولو مجنونة . والمراد به الفسل الشرعي الذي بعد الطهر من الحيض الذي تستباح به الصلاة ولو بالصب أو المسح مع العذر﴾ أو ما في حكمه ﴿

أى فى حكم الغسل وهو أن تيمم للعذر وإن لم تصل به أو بمضى عليها وقت صلاة اضطرارى تأخيراً بعد أن طهرت لم يكن له المراجعة ، بعد ذلك . واعلم أنه لا فرق بين أن تيمم للصلاة ولو فى أول الوقت أو لدخول المسجد أو لقراءة أو لناقلة أو للاتقضاء أو نحو ذلك صح ولم يكن له المراجعة بعد ذلك ولا فرق بين أن تكون واجدة للماء أو عادمة فقد انقضت بذلك العدة ولو لزمها إعادة صلاة الفريضة لوجود الماء فى الوقت . ومهما لم يمض عليها هذا الوقت ولم تفعل إحدى الطهارتين جاز لزوجهما مراجعتها عندنا ولو بقى عند الغسل من جسدها أو شعرها لمعة أو شعرة جاز مراجعتها ، ومن مات منهما ورثه الآخر لأنها لم تنقض عدها وسواء انقطع حيضها لتمام العشر أو لدونه .

﴿ و ﴾ ﴿ من أحكام الرجعة ﴾ أنها ﴿ تصح وإن لم تنوّ ﴾ سواء كانت باللفظ أم بالفعل من وطء أو مقدماته لكنه يأنم حيث علم مع الفعل ولم ينو الرجعة وتصح بذلك ويكون حكم الرجعة باللفظ حكم عقد النكاح فيشترط أن يتناول جميعها أو بعضها كما ص ﴿ إما بلفظ الماقل ﴾ المختار ولو بالكتابة أو الرسالة ومن الأخرس بالإشارة فلا تصح من المكروه عليها إلا أن ينوى الرجعة ، ولا من زائل العقل كالمجنون والنائم إذا جرت على لسانه ﴿ غالباً ﴾ اخترازاً من السكران فإن رجعته تصح كطلاقه وعقد نكاحه وسواء راجع بالقول أو بالفعل ، وصورة المراجعة بالقول : راجعتك أو رجعتك أو تراجعنا أو ارتجعتك أو استنكحتك أو تزوجتك ، ومن جملة ألفاظها لفظ الرد والإمساك . وتصح بالكتابة كأعدت الحل الكامل بينى وبينك أو أدمت المعيشة بيننا ، وتصح بمقد النكاح ولا مهر ﴿ أو بالوطء ﴾ لشهوة أم لا ﴿ أو أى مقدماته ﴾ من تقبيل أو لمس أو نظر مباشر ﴿ لشهوة ﴾ فعلى تصح ﴿ مطلقاً ﴾ أى ولو وقع منه ذلك وهو مجنون أو سكران أو مكروه له فعل أو نائم والمرأة طائفة أو مكروهة أو حائض أو محرمة كان رجعة فى جميع ذلك لا بالخلوة فلا تكون رجعة .

﴿و﴾ إذا فعل شيء من الوطء مطلقاً أو مقدماته لشهوة غير قاصد الرجعة فإنه
﴿يأثم﴾ بذلك الفاعل ﴿الماقل﴾ العالم بالتحريم ﴿إن لم ينوها به﴾ يعنى حيث لم
ينور الرجعة بذلك الفعل لأنها في تلك الحالة ليست له زوجة ، وتصح بذلك الرجعة
مع الإثم .

﴿و﴾ من أحكام الرجعة ﴿أنها تصح﴾ بلا مراعاة ﴿للزوجة وأوليائها وذلك
حيث تكون الرجعة مجتمعة عليها بأن لا تمر ثلاثة أطهار ولا ثلاث حيض وأن
لا يكون الطلاق ثلاثاً بلفظ واحد أو ألفاظ ونحو ذلك . وأما المختلف فيها فلا بد
من رضاها ورضا ولي الصغيرة والمجنونة مع اتفاق المذهب أو الحكم تقطع الشجار
مع عدم الرضا واختلاف المذهب لا للثبوت فقد ثبتت .

﴿و﴾ من أحكام الرجعة ﴿أنها تصح﴾ مشروطة بوقت ﴿نحو أن يقول
والمدة باقية إذا جاء غد فقد راجعتك فلا يثبت حكمها إلا من فجر غد﴾ (أو غيره) أى
وتصح أن تكون مشروطة بغير وقت نحو إذا جاء زيد فقد راجعتك أو نحو ذلك من
الشروط سواء كان الشرط حالياً أو مستقبلاً أو ماضياً نحو من دخلت دارى منك
فقد راجعتها : أما لو قال لزوجته إذا جاء زيد فقد راجعتك الآن ثم تزوجت قبل مجيء
زيد بعد انقضاء المدة صح .

﴿ومن أحكام الرجعة﴾ أنه يدخلها التشريك والتخيير ﴿و﴾ تصح ﴿مبهمة﴾
عندنا مثال ذلك أن يطلق زوجتين فصاعداً ثم يقول راجعت إحداكما أو أحداكن فإن
ذلك يصح ثم يلزمه الحاكم أن يعين ﴿و﴾ تصح ﴿مولاة﴾ أى يصح التوكيل
بالرجعة مع الإضافة لفظاً من المولى إلى الزوج ﴿ولو﴾ كانت الولاية بها إلى كافر أو
محرم أو ﴿لها﴾ يعنى للمرأة فتراجع نفسها عنه مع الإضافة إليه لفظاً فتقول راجعت
نفسى عن فلان له .

﴿و﴾ لو راجع فضولى امرأة غيره فأجاز ذلك الغير فهل تصح بالإجازة

﴿في إجازتها نظر﴾ لأننا إن قلنا لا تصح فلائها من توابع الطلاق والطلاق والعتاق لا تلحقهما الإجازة ، وإن قلنا تصح فلأن الطلاق والعتاق إنما لم تلحقهما الإجازة لكونهما غير عقد والإجازة لا تلحق إلا العقد والرجعة ليست بمقد فكان في الإجازة نظر. قال الإمام عليه السلام « والأقرب عندي أن الإجازة تلحقها » هذا هو المقرر للمذهب لأن شبهها بالنكاح أقرب ، وسواء كانت عقداً أم لا ، وسواء حصلت الإجازة والمرأة في العدة أم لا لأنها كاشفة لوقوع الرجعة من يومها والمرأة في العدة .

﴿قائدة﴾ لا تلحق الإجازة من غير عقد إلا الرجعة وقضاء الدين وفائدته الرجوع على المدين بعد أن يميز ، والقسمة وإجازة الإجازة في البيع وفي القرض وإجازة الفين وإجازة أحد الشريكين حيث استنفق أحدهما أكثر من الآخر وإجازة الوارث بما أوصى به الميت وإجازة قبض المبيع وإجازة السيد عتق مذهب وإن لم يكن عقداً وإجازة الصدقة .

﴿و﴾ إذا راجع الرجل زوجته فإنه ﴿يجب﴾ عليه ﴿الإشمار﴾ لها ثلاثا يقع منها نكاح بعد انقضاء العدة إذا جهلت الرجعة فلو راجعها وأشهد خفية فتزوجت ردت له وعلى الثاني مهرها الأقل من المسمى ومهر المثل إن وطئ ولا يشكر المهر ما لم يتخلل التسليم ، ويؤدب الزوج الأول وشهوده إن قصدوا الكتمان ولم يعلم الحاكم بكتانهم إلا بعد الحكم بشهادتهم إذ لو علم قبل لم يعمل بشهادتهم إلا بعد التوبة والاختبار سنة . ﴿ويحرم﴾ على الزوج قصد ﴿الضرار﴾ للزوجة بالرجعة لمنها من الزواج بغيره لا رغبة فيها وكذا لو تركها إلى أقرب وقت لآخر العدة في راجعها ثم يطلق ثم كذلك ثلاثا تنكح .

﴿فصل﴾

﴿١٨١﴾

ذكر فيه الإمام عليه السلام اختلاف الزوجين في الطلاق وتوابعه وما يتعلق به

والرجعة وما يتعلق بها ، والعدة وما يتعلق بها في قوله ﴿ والقول ﴾ للزوج في وقوع الطلاق « حالا » إذ له الإنشاء « وإلا » يكن في الحال بل فيما مضى « فلمنكر خلاف الأصل فمن ادعى الطلاق بين به وإلا حلف الآخر . وكذا لو اتفقا على أن الطلاق قد وقع واختلفا في كيفية فقال أحدهما إن الطلاق رجعى والآخر بائن فالقول ﴿ لمنكر البائن ﴾ إذا ادعته الزوجة ثلاثاً أو أيهما بموضع خلعاً إذ الأصل عدمه والبيئة على مدعيه ﴿ غالباً ﴾ احترازاً من أن يدعى الزوج أنه قد أوقع عليها ثلاثاً ليسقط عنه حق طهر فإنه يقبل قوله في الطلاق والحقوق الحالية والمستقبلية^(١) كالسكنى ولا يمين عليه لأن دعواه كالإقرار ولا تسمع بينهما لأنها على نفي، وكذا لو أنكر الدخول قبل الطلاق وادعت أنه قد دخل ليكمل المهر كان القول قوله أيضاً . فإن أنكرت الدخول قبل الطلاق وادعى أنه قد دخل لتثبت الرجعة كان القول قولها .

﴿ ولتنتع ﴾ المرأة من الزوج ولا يجوز لها تمكينه من نفسها إذا ادعت أنه طلقها طلاقاً بائناً فأنكر الزوج ذلك فالقول قوله لكن لا تمتنع من الزوج إلا ﴿ مع القطع ﴾ بالتحريم ، والقطع إنما يحصل بأحد أمور ثلاثة :

﴿ الأول ﴾ أن تعرف بأنه بائن بالإجماع وهو أن يطلقها ثلاثاً للسنة متخللات الرجعة مشهداً على ذلك وكذا الطلاق قبل الدخول .

﴿ الأمر الثاني ﴾ أن يطلقها طلاقاً بائناً مختلفاً فيه ومذهب الزوج أنه بائن وهو عارف أنه مذهب وهو باق عليه وسواء علمت الزوجة أنه عالم بذلك أم لا وسواء كان ذا كراً أنه مذهب أم ناسياً فإنه يلزمها الامتناع منه ولو أجبرها الحاكم بل ولو حكم حيث لا بيئة لها، فإذا حصل أحد هذين الأمرين دافعت وحاز لها قتله بالدافعة .

﴿ الأمر الثالث ﴾ أن يكون مذهبها أنه بائن ومذهب أنه رجعى يحرم عليها

(١) لا الحق الماضي عليه فلا يقبل قوله نحو أن يدعى وقوع الطلاق في وقت متقدم ويريد إسقاماً نفقتها ونحوها عنه بعد ذلك الوقت فعليه البيئة اهـ .

تمكينه من نفسها قطعا إذا لم يحكم الحاكم بذلك فيجب عليها الامتناع منه والمدافعة ولو بالقتل لأنه يطلب منها فعل محظور عندها كما تدافع المجنون إذا أراد أن يفجر بها. فإن حكم الحاكم بكونه رجعيا قطع الخلاف ونفذ ظاهرا وباطنا حيث بينا للحاكم صفة الطلاق .

﴿ فرع ^(١) ﴾ أما لو كان الزوج مقرا بالطلاق أو الرضاع لكن تشاجرا أو اختلف مذهبهما فإنه يلزمهما حكم الحاكم ظاهرا وباطنا فإن كان مذهبه الجواز ومذهبا عدمه ولم تمنعه من نفسها كما هو الواجب عليها المنع فإنه لا يحل له مدانتهما إلا بعد حكم حاكم لأن فعله يكون سببا في فعلها المحظور .

﴿ فرع ^(٢) ﴾ ومن أقر بالطلاق البائن ^(٣) أو الرضاع ثم رجع عن إقراره فمع مناكرتها له في رجوعه لا حكم لرجوعه ومع مصادقتها له في رجوعه وأن إقراره غير صحيح ينعان أيضا عندنا ولو قالت غلطت أو نسيت .

﴿ فرع ^(٤) ﴾ أما لو أقيمت عليه الشهادة حسبة بإقراره بذلك وأنكر هو والزوجة فإنهما ينعان بعد الحكم بالشهادة لأنه يؤدي إلى تكذيب الشهود .

﴿ فرع ^(٥) ﴾ وإذا أقرت الزوجة بالرضاع بعد مضي عدة الرجعي أو عدة البائن صح إقرارها ومنعت من زواجه فإن رجعت وصادقها الزوج في رجوعها فمعدنا لا يقبل بل ينعان . وإذا أقر بالطلاق البائن ثم فسره بالخلع أو بالطلاق قبل الدخول قبل قوله .

﴿ و ﴾ إذا اختلفا في وقوع الطلاق وعدمه فقال أحدهما قد وقع كان القول ^(٦) لمنكر وقوعه في وقت مضى ﴿ نحو أن تقول طلقمتني بالأمس فأنكر الزوج فالتقول

(١) هذا الفرع وما يليه تولا عن البيان في مثل هذا الفصل .

(٢) كما سيأتى في الاقرار بفصل ٣٦٣ في شرح قوله (أو ما صودق فيه غالبا) احترازا

من ثلاث صور اهـ .

قوله أو هو يقول كنت طلقتك بالأمس وأنكرت فالقول لها. قال في الغيث بالنظر إلى الحقوق الواجبة عليه فأما بالنظر إلى حل الوطء فلا لأن إقرار الزوج في حكم الطلاق. وفائدة دعواه ذلك لو وضعت في آخر أمس سقطت عنه النفقة لأنها انقضت عدتها بالوضع ﴿و﴾ كذا القول لمنكر وقوع الطلاق ﴿في الحال﴾ التي بها التخاصم ﴿إن كان﴾ المنكر لوقوعه هو ﴿الزوج﴾ نحو أن تقول المرأة طلقني الآن فينكر الزوج فإن القول قوله فأما لو كانت هي المنكرة لتطبيقها في الحال لم يكن القول قولها لأن إقراره في الحال طلاق ظاهراً وباطناً فكان القول قوله كما مر أوضح من هذا أول الفصل .

﴿و﴾ إذا اختلفا هل الطلاق مقيد بشرط أو وقت أو مطلق فالقول ﴿لمنكر تقييده﴾ شرطاً أو عقداً والبينة على مدعى ذلك نحو أن يقول الزوج طلقتك بشرط مجيء زيد أو بشرط دخولك الدار أو نحو ذلك وتقول المرأة بل طلاقاً غير مشروط فالقول لها والبينة على الزوج في ذلك لأن الأصل عدم تقييده بعد التصديق على الطلاق ﴿و﴾ أما إذا اتفقا أن الطلاق وقع مشروطاً لكن اختلفا في حصول الشرط فالقول لمنكر ﴿حصول شرطه﴾ إذا كان ذلك الشرط ﴿ممكناً البينة﴾ عليه نحو أن يتفقا على أنه طلقها بشرط دخول الدار واختلفا في حصول دخولها فالبينة على مدعى الدخول فيبين الزوج بالنظر إلى الحقوق وأما حصول الطلاق فالقول قوله كما قرره بالطلاق فإن كان الأصل الحصول نحو أن يقول إن لم تدخل الدار هذا اليوم واختلفا في دخولها فالبينة عليها أنها دخلت لأن الأصل عدم دخولها . وكذا إذا جعل شرط الطلاق الولادة بينت ببدلة ويثبت النسب والميراث وغير ذلك من الأحكام بشهادتها ولا يمين عليها لأن بينتها محققة ، وكذا لو قال إن حضنت فأنت طالق بينت ببدلة في طرفي الحيض . فإن كان الشرط مما لا يمكن إقامة البينة عليه نحو أن يقول إن كنت تربدين الموت

أو الطلاق فالقول قولها مع يمينها لأن الإرادة لا تعلم إلا من جهتها ، وكذا الاحتلام في سن ممكن .

﴿ فرع ﴾^(١) وإذا اختلفا في قدر عوض الخلع ففي الشرط البينة عليها وفي العقد القول قولها مع يمينها لأن الطلاق قد وقع والزوج مدعى الزيادة وفي الشرط الأصل عدم الطلاق فإن اختلفا في جنس العوض أو نوعه أو صفته فالقول قوله والبينة عليها في الشرط لأنها تدعى حصول الشرط ووقوع الطلاق والأصل عدمه فتبين بخلاف العقد فالبدوى عليها بالمال لو قوع الطلاق بالقبول فالقول قولها .

﴿ فرع ﴾ قال في البيان : وإذا أخبره مخبر بمحصول شرط الطلاق أو العتق فإن لم يظن صدقه لم يلزمه ديناً ولا شرعاً وإن ظن صدقه لزمه ديناً لا شرعاً إلا أن يقر أنه ظن صدقه أخذ به فإن ادعت عليه أنه ظن صدقه لزمته اليمين لأنه إذا أقر بذلك لزمه .

﴿ و ﴾ القول أيضا قول منكر ﴿ مجازيته ﴾ نحو أن يقول إن دخلت الدار فأثت طالق فدخلت ظلمت بوقوع الشرط فقال إني أردت إن دخلت فيما مضى وقالت بل في المستقبل فالقول قولها لأن الشرط حقيقة في الاستقبال ومجاز في الماضي . قال الإمام عليه السلام : ولا أحفظ فيه خلافاً إلا أن يقول إن كنت دخلت الدار فإنه حقيقة في الماضي مجاز في المستقبل .

﴿ و ﴾ القول ﴿ الزوج في ﴾ ماهية الشرط و ﴿ كفيته ﴾ وصفته نحو أن يتفقا على أن الطلاق كان مشروطاً واختلفا في ماهية الشرط ، والماهية هي ما يسأل عنها بما . وصورة ذلك أن يقول الشرط دخول الدار وتقول المرأة بل للزوج فالقول للزوج في أن ماهية الشرط هو دخول الدار ، وكذا في الكيفية وهي ما يسأل عنها بكيف : لو اتفقا أن الشرط دخول الدار لكن قال الزوج رأكية وتقول هي بل

(١) يستفاد من البيان اهـ .

ماشية فالقول للزوج ، وكذا لو قال الزوج جعلت الشرط أن تدخل الدار بعد اليمين فقالت المرأة بل قلت إن كنت دخلت فيما مضى فأنت طالق فالقول قول الزوج . والفرق بين هذه الصورة وصورة المجاز أنهما اختلفا في الإرادة في صورة المجاز وهنا اختلفا في إيقاع اللفظ .

﴿ و ﴾ إذا اختلفا في حصول الرجعة وعدمها فالقول ﴿ لمفكر الرجعة ﴾ منهما إذا الأصل عدمها فإن ادعت الرجعة هي فالقول للزوج والبينة عليها أو يمينه على التقطع إذ هي على فعله . وإن ادعى الزوج الرجعة وأنكرت الزوجة فعليها اليمين وتكون على العلم لأنها على فعل غيرها فتحلف بما تعلم ولا تظن أنه قد راجعها وهذا إذا وقع التناكر في حصول الرجعة ﴿ بعد التصديق ﴾ بينهما ﴿ على انقضاء العدة ﴾ ولا فرق بين أن يكون المنكر الزوج أو الزوجة فالبينة على مدعيها لأن الأصل عدمها ﴿ لا ﴾ إذا اختلفا في وقوع الرجعة ﴿ قبله ﴾ أى قبل أن يتفقا على انقضاء العدة بل قال قد راجعتك فقالت إن العدة قد انقضت فحيث انقضت بالأسهر أو الولادة فالبينة عليها بعدلين في الأسهر وعدلة في الولادة ولا يمين عليها لأن يمينها محققة فلا تؤكد باليمين ، وإن كانت العدة بالحيض ﴿ فلن سبق ﴾ بإنشاء الدعوى منهما سواء كان عند الحاكم أو في ذات بينهما فإن سبق هو فالقوله له في عدم انقضاء العدة وإن سبقت هي بدعوى انقضائها فالقول لها وهذا حيث يكون التداعي ﴿ في ﴾ المدة الممكنة ﴿ المعتادة ﴾ لانقضاء العدة في مثلها كثلاثة أشهر فالقول قول من سبق فإن اتفق كلاهما في حالة واحدة أو التبس فالقول قولها في الانقضاء لأنها مخبرة عن أمر ماض . فإن علم تقدم أحدهما تبس التبس فالأصل عدم انقضاء العدة وثبوت الرجعة .

﴿ و ﴾ إن كانت المدة لا تنقضي العدة في مثلها إلا نادراً فالقول ﴿ للزوج في ﴾ عدم انقضاء العدة وصحة الرجعة في تلك الحال ﴿ النادرة ﴾ ولو كانت معتادة لها فإن الرجعة تصح أيضاً إلا أن تبين على حصول الثلاث الحيض في المدة المذكورة بطلت الرجعة .

قال في شرح الفتح وحاشية السجولى : والنادرة من تسعة وعشرين إلى دون ثلاثة أشهر ، والمعتادة ثلاثة أشهر فمخاضا .

﴿ فرع ﴾ وإذا أنكرت صحة الرجعة بعد مضي العدة ثم أقرت بصحتها لم يصح إقرارها سواء كان بعد تصديق الزوج لها على عدم صحتها أو قبل تصديقها لأنه رجوع عن الإقرار منها بالبينة ، ولا يصح الرجوع عن الإقرار بذلك كما سيأتى فى الإقرار (١) ﴿ و ﴾ إذا اختلفا فى مضي العدة وعدم المضي فالقول ﴿ لنكر مضىها ﴾ وسواء كانت العدة بالشهور أم بالولادة أم بالإقرار فى مدة غير معتادة وغير ممكنة ﴿ غالبا ﴾ احترازا من أن تدعى المرأة انقضاء عدتها بالأقراء فى مدة ممكنة معتادة كثلاثة أشهر فإن القول قولها مع يمينها عندنا حيث لم يسبق الزوج ، والبينة عليه لأجل استحقاقه مثل نفقة العدة فى المخالعة .

﴿ فإن ادعى الزوج ﴾ أى كان هو المدعى لانقضاء العدة لتسقط نفقتها وهى منكرة لانقضائها ﴿ حلفت فى دعوى ﴾ الزوج ﴿ انقضاء ﴾ ذلك ﴿ الحيض الآخر ﴾ وهو الثالث ﴿ كل يوم مرة ﴾ من بعد الثلاث إلى تمام الشهر . فإن كان المدعى لانقضاء العدة ورثة الزوج يعنى أن العدة انقضت قبل موته لثلاث رث فى الرجعى وهى منكرة لانقضائها حلفت مرة واحدة لا أنهم يحلفوها كل يوم مرة كما توهم ابن مفتاح رحمه الله فى شرحه ، فلا معنى له .

فإن تعلقت دعوى الزوج بانقضاء جملة العدة وأنكرت ﴿ و ﴾ جب عليها ﴿ فى إنكارها الجملة ﴾ يعنى جملة العدة أن تحلف مرة وبعد أن تحلف المرة الأولى يتركها من التحليف ويحلفها بعد ﴿ كل شهر مرة ﴾ قال العلامة محمد بن على الجاهد رحمه الله « صوابه فى كل تسعة وعشرين مرة » مادامت منكرا ، فإذا أقرت بحيضة قدرت لها

(١) فى فصل (٢٦٣) فى شرح قوله (أو ما صودق فيه غالبا) اهـ .

(التاج المذهب - ١٦ - ن)

عشرًا طهرًا وثلاثًا حيضًا وعشرًا طهرًا وثلاثًا حيضًا يكون ستة وعشرين يومًا، ثم تحلف في ستة وعشرين يومًا مرة واحدة ثم تقدر لها ثلاثًا حيضًا وعشرًا طهرًا وثلاثًا حيضًا تكون ستة عشر يومًا ثم تحلف في ستة عشر يومًا ما دامت منكرة لأنه يجوز مضى باقي العدة في مثلها . فإذا أقرت بالحيضة الثانية قدّرت لها عشرًا طهرًا وثلاثًا حيضًا تكون ثلاثة عشر يومًا ثم تحلف في ثلاثة عشر مرة، ثم يحلفها في كل ثلاثة أيام مرة حتى تقر بالحيضة الثالثة فإن أقرت بها ولم تخبر بأنها قد انقضت فبعد ثلاثة أيام كل يوم مرة إلى مدة أكثر الحيض وهو عشرة أيام .

﴿ فرع ﴾ وإذا ادعى الزوج انقضاء العدة بالأشهر لكونها ضهياء وأنها لم تحض أصلاً وقالت الزوجة بل العدة باقية وإني من ذوات الحيض وإنما انقطع الحيض لعارض ومصادها أنها تربص إلى الستين سنة فإن القول للزوج لأنه منكر للحيض من الأصل والأصل عدمه والبيّنة عليها أنها قد كانت من ذوات الحيض .

﴿ وتصدق ﴾ مع يمينها ما لم يقلب في الظن كذبها ﴿ من ﴾ ادعت أن زوجها مات عنها أو طلقها أو فسخها^(١) أو ارتد وانقضت عدتها و﴿ لا مغازع لها ﴾ ولو حسبة ﴿ في وقوع الطلاق ﴾ ونحوه ﴿ وانقضاء عدتها ﴾ قال في شرح الإبانة : وسواء علم النكاح من جهتها أم من جهة غيرها لأن اليد لها على نفسها مع عدم النازع . قال في شرح النجری : فلو رجع زوجها الأول وأنكر الطلاق كانت كامرأة المفقود بعد الشهادة على موته؛ يعني أن النكاح الثاني باطل فتستبرأ منه وتعود إلى الأول ما لم تبين بوقوع الطلاق أو نحوه .

(١) لا إذا ادعت أنها هي التي فسخت فلا يقبل قولها إلا ببيّنة لأنه تقرير لعلها اهـ .

باب الظهار

(١٨٢)

هو لغة مأخوذ من الظهر لأن صورته الأصلية أن يقول لزوجته أنت علي كظهر أمي، وخص الظهر لأنه موضع الركوب والمرأة مركوب الزوج، وكان طلاقاً في الجاهلية كالإيلاء فغير الشارع حكمه إلى تحريمه بعد العود حتى يكفر . وحقيقته في الاصطلاح: لفظ مخصوص يوجب تحريم الاستمتاع والنظر لشهوة، يرتفع بالكفارة أو ما في حكمها قبل الوطء بعد العود . فقوله لفظ مخصوص يحتز من الكتابة والإشارة من الأخرس فلا يصح بهما تشبيهاً له بالشهادة ، وقوله يرتفع بالكفارة أو ما في حكمها يحتز من الظهار المؤقت وهو انقضاء الوقت . وقولنا قبل الوطء يحتز من الإيلاء فالكفارة فيه بعد الوطء .

(فصل)

(صريحه قول) زوج (مكلف) أي بالغ عاقل فلا يصح من الصبي والمجنون ظهارهما ويصح عندنا من السكران (مختار) فلا يصح من السكران ما لم ينوه كطلاقه (مسلم) ولو عبداً فلا يصح من الكافر عندنا لأن الكفارة لا تصح منه وهي الرافعة للتحريم (لزوجة) فلا يصح من المرأة مظاهره الرجل ولا يصح من الرجل مظاهره الأجنبية ولو كان وكيلاً فلا يصح التوكيل بالظهار ولا التملك لأنه محظور، ولا يصح مظاهره مملوكته وأم ولده . ويمتد أن تكون الزوجة (تحته) فلا يصح مظاهره المطلقة ولو رجعيًا والمفسوخة ، ومن قال إن الطلاق يتبع الطلاق صحح ظهار المعتدة من الرجعي . ويصح الظهار لزوجة تحته (كيف كانت) سواء كانت كبيرة أم صغيرة ولو حلاً حرة أم أمة مدخولة أم غير مدخولة ممن تصلح للجماع أم لا .

ولفظ صريحه أن يقول الزوج لزوجته (ظاهرتك أو أنت مظهرة) فهذان

صريحان في الظهار ﴿أو يشبهها﴾ جميعها بجزء من أمه كأنت على كظهر أمي أو قال أنت كظهر أمي بمحذف حرف الصلة ﴿أو جزءاً منها﴾ معلوماً أو غير معلوم ﴿بجزء من أمه نسباً﴾ فإنه صريح في الظهار ولو كانت الأم ميتة ، قال الإمام عليه السلام : وقتلنا بجزء من أمه احترازاً من أن يشبهها بأمه جملة نحو أن يقول أنت على كأمي أو مثل أمي فإن هذا كناية . وقتلنا نسباً احترازاً من أن يشبهها بنير أمه من النسب كالأم من الرضاع فإنه لا يكون ظهاراً ، وكذا لو شبهها بجزء من أخته أو جدته أو أجنبية لم يكن ظهاراً عندنا .

نعم ؛ ويقع الظهار الصريح بأن يشبهها بجزء من أمه ﴿مشاع﴾ نحو أن يقول أنت على كنصف أمي أو كربعها أو نحو ذلك ﴿أو عضو﴾ كيد أو نخذ أو رجل ، مثال ذلك أن يقول : أنت على كفخذ أمي أو يدها أو نحو ذلك ﴿متصل﴾ كما مثلنا احترازاً من المنفصل كاليد المبانة والرجل ونحوهما فلا يقع به الظهار لو قال كيد أمي المبانة ، أو يدك المبانة على كيد أمي وقد أئبنت يد زوجته ، وكذا لا يقع لو شبهها بالدم والريق من أمه ونحوهما ، إلا أن يشبهها بالروح فيقع الظهار لأن الروح كالعضو . وعلى الجملة فما لا يصح إيقاع الطلاق عليه من أجزائها لا يصح إيقاع الظهار عليه .

﴿ولو﴾ شبهها بجزء من أمه لا تحله الحياة ﴿شعراً أو نحوه﴾ كالظفر والسن ونحوهما فإنه يقع - بذلك التشبيه - الظهار ، ويعتبر أن يكون المشبه والمشبه به متصلاً في كليهما تحله الحياة أيضاً لا بعد انفصاله فإنه لا يقع به التحريم ﴿فيقع﴾ الظهار بما مر مع معرفته بمعناه بأن يكون من العلماء أو قد سألهم أو جالسهم ﴿ما لم ينو غيره أو﴾ ينو ﴿مطلق التحريم﴾ لم يقع شيئاً ولا بد من مصادقة الزوجة إذا نوى غيره في جميع الصور . والمراد بالمصادقة عدم النازعة .

﴿واعلم﴾ أن في صريح لفظ الظهار وجوهاً ثمانية :

﴿الأول﴾ أن ينوى بذلك اللفظ الظهار أو التحريم الخاص الذي يرتفع بالكفارة

قبل الوطاء فيلزمه حكمه وهذا لا يقع إلا من عارف بمعنى الظهار بأن يكون من العلماء أو قد سألهم أو جالسهم حتى عرف معناه لا من غيره فلا يقع .

﴿الثاني﴾ ألا تكون له نية رأساً فهذا مع الصريح يكون ظهاراً عندنا مع معرفته لمعناه، وأما في الكتابة فلا يلزمه شيء .

﴿الثالث﴾ أن ينوى به التحريم المؤبد الذي لا يرتفع كالأنم فلا يكون ظهاراً ولا يلزمه كفارة يمين لأنه ليس من كفايات الأيمان . لأن كفايات الأيمان محصورة . قال الفقيه يوسف وهذا هو المسمى بتحريم العين، وفي تسميته بذلك تسامح إذ لا توصف العين بالتحريم ولذا حملناه على ما ذكر . ويحمل ظهار العوام عليه لأنهم لا يعرفون الظهار ولا تجب عليهم كفارة يمين، ومن نوى به الطلاق كان طلاقاً .

﴿الرابع﴾ أن ينوى به التحريم المطلق يعني نوى به التحريم مطلقاً ولم يرد به التحريم المؤبد ولا الذي يرتفع بالكفارة ولا اليمين ولا تحريم الوطاء ولا الطلاق فهذا لا يكون ظهاراً ولا يميناً ولا طلاقاً .

﴿الخامس﴾ أن ينوى به تحريم الوطاء فهذا أيضاً لا يكون ظهاراً ولا يميناً، ذكره الإمام عليه السلام في النيث وهو المختار .

﴿السادس﴾ أن ينوى به الطلاق فيكون طلاقاً ويلزمه حكم الظهار والطلاق معاً إذا لم تصادقه الزوجة على نية الطلاق إذ لو صادقته وقع الطلاق فقط . قال في الزهور: فإن قيل كيف يكون مظاهراً مطلقاً في حالة واحدة ، فالجواب أن حكم الظهار يلزم لظاهر لفظه وحكم الطلاق يلزم لإقراره .

﴿السابع﴾ أن ينوى به الكرامة لزوجته مثل أمه لم يكن شيئاً .

﴿الثامن﴾ أن ينوى به اليمين لم يكن يميناً لأنه ليس من كفايات الأيمان .

﴿فرع﴾^(١) وكلما نواه مما تقدم فهو مقبول فيه في الكفاية مطلقاً وفي الصريح

(١) . نقل عن البيان وهامشه مع المسئلة التي تليه اهـ .

فما بينه وبين الله تعالى لا في الظاهر فيلزمه حكم الظهار إذا كان يعرف معناه وحكم الطلاق لكن لا ترافقه المظاهر إلا بعد عودها إليه برجمة أو بمقد جديد في مدة الظهار .

﴿مسئلة﴾ وإذا قال أنت على حرام ونوى به الظهار أو الطلاق أو كليهما صحت نيته وإن لم ينو شيئاً كان يميناً كما يأتي في الأزهار . وكذا قوله أنت على حرام كظهر أمى مانوى به صح، وإن لم ينو به شيئاً كان يميناً لأن قوله كظهر أمى تأكيد لقوله أنت على حرام، وإن قال أنت كظهر أمى حرام فهو ظهار لأن قوله كظهر أمى صريح ظهار. وقوله حرام تأكيد له .

﴿وكنايته﴾ أن يقول أنت على ﴿كأمرى أو مثلها﴾ أى مثل أمى ﴿أو في منازلها﴾ ﴿و﴾ أنت على ﴿حرام فيشترط النية﴾ في جميع هذه الألفاظ، فإن نوى به الظهار كان ظهاراً وإن لم ينو به يكن ظهاراً، وهذا بخلاف الصريح ففي الصريح إذا لم ينو شيئاً كان ظهاراً وهنا لا يقع شيء إلا في لفظ التحريم يكون يميناً حيث لم ينو شيئاً .
﴿و﴾ صريح الظهار وكنايته ﴿كلاهما كناية طلاق﴾ لا العكس فإذا نوى بأيهما الطلاق كان طلاقاً لكن في الصريح لا يسقط عنه حكم الظهار في ظاهر الحكم إن لم تصادفه الزوجة، فأما بينه وبين الله تعالى فيسقط .

﴿و﴾ من أحكام الظهار أنه ﴿بتوقت﴾ عندنا نحو أن يقول أنت على كظهر أمى شهراً أو نحو ذلك فإنه يصير مظاهراً ويرتفع حكمه بانقضاء الوقت أو بالكفارة قبله ويصح أن يظاهر في النهار دون الليل ولا تطالبه بالليل وكذا العكس، وله أن يظاهرها في الوقت الذي لم يظاهر فيه .

﴿و﴾ من أحكامه أنه ﴿يتقيد بالشرط﴾ فيوقف على حصول ذلك نحو أن يقول: إن جاء زيد فانت على كظهر أمى فإنه متى جاء زيد وهي غير مطلقة أو مفسوخة صار مظاهراً وإلا فلا، وهي الحيلة فيطلقها رجعيًا قبل حصول الشرط وهو مجيء زيد، قال في

حاشية السجولى : فإن كان الشرط بكلمة فعلت كذا فأنت مظهارة فالحيلة في رفعه على أصل المذهب أن يقول أنت طالق قبيل أن يقع عليك الظهار المشروط فيئانمان فلا يقع ظهار ولا طلاق ، قلت وكذا إذا كان الشرط بغير كلمة فالحكم واحد .

﴿ و ﴾ يصح أن يفيد الظهار بـ ﴿ الاستثناء ﴾ نحو أن يقول أنت على كظهر أمي إلا أن يجيء زيداً وإلا أن يكره أبوك أو نحو ذلك في الصورتين لا يكون مظاهراً إلا بتحقيق عدم المستثنى فإن تحقق عدم صارت مظهارة من يوم الإيقاع بطريق الإنكشاف ﴿ إلا ﴾ حيث قيده ﴿ بمشيئة الله تعالى في الإثبات ﴾ نحو أن يقول أنت على كظهر أمي إن شاء الله لم يصح الظهار لأنه علقه بمشيئة الله تعالى وهو لا يشاء لكونه محظوراً . وقوله في الإثبات يحتز بذلك من أن يجعل عدم مشيئة الله شرطاً في الظهار فيقع بمحصول شرطه وهو عدم المشيئة نحو أن يقول أنت على كظهر أمي إن لم يشأ الله تعالى فيقع بمحصول شرطه إذ لا يشاء وقد علق بعدم مشيئته تعالى . وكذا إذا قال أنت على كظهر أمي إلا أن يشاء الله ونوى إلا أن يشاء الله وقوع الظهار فلا فقد استثنى بمشيئة الله لوقوع الظهار وهو لا يشاء فيقع الظهار . فلو أطلق قوله إلا أن يشاء الله لم يقع الظهار لأن الله يشاء عدمه حكى هذا في الرياض وفي البيان .

﴿ و ﴾ من أحكام الظهار أنه ﴿ يدخله التشريك ﴾ يسرى ويتم كسره نحو أنت على كظهر أمي ثم قال لزوجته الثانية وأنت معها أو مثلها أو شركتك معها ونوى الظهار كان في الأولى صريحا وفي الثانية كناية ظهار . فإن قال وأنت فقط كان صريحا فيهما فلا يحتاج إلى نية الظهار ما لم ينو غيره كما مر . ﴿ و ﴾ يدخله ﴿ التخيير ﴾ أيضا نحو أن يقول ظاهرتك يا فلانة أو فلانة ، أو يقول لنسائه إحداكن مظهارة أو التبس بعد تعيينه أو ما وقع شرطه فالحكم واحد وهو أنه يصير مظاهرا من إحداهن غير معينة . فأما لو قال لزوجته ظاهرتك أولا لم يقع شيء .

﴿فصل﴾

﴿١٨٣﴾

في أحكام الظهار : ﴿و﴾ اعلم أنه ﴿يحرم به الوطء و﴾ الاستمتاع من الزوجة ﴿مقدماته﴾ بمعنى مقدمات الوطء وهى التقبيل واللمس والنظر لشهوة منه إليها لامنائها إليه فلا يحرم عليها ما لم يؤدِ نظرها إليه إلى نظره إليها لشهوة فلا يجوز ﴿حتى يكفر﴾ بما سيأتى فتى كفر جاز له وطؤها. هذا إذا كان الظهار مطلقا فإن كان مؤقتا لم يجوز له وطؤها إلا بعد أن يكفر ﴿أو ينقضى وقت المؤقت﴾ قبل العود فى الوقت فلو عاد قبل الانقضاء تأبّد التحريم حتى يكفر ولا يفيد خروج الوقت ، فأى هذين الأمرين سبق جاز الوطء بعده ﴿فإن فعل﴾ أى وطئ المظاهرة قبل العود والتكفير جهلا بالتحريم أو نسيانا أو غلطا أو تمردا ﴿كف﴾ عن ذلك وأثم إذا كان متمردا لعلمه بالتحريم ولزمه الاستغفار ولا يجوز له الاستمرار على الوطء حتى يكفر بعد العود ولا تلزمه الكفارة لهذا الوطء ولا يكون عودا .

﴿و﴾ إذا وقع الظهار على الزوجة كان ﴿لها طلب رفع التحريم﴾ عند الحاكم ولو كانت ناشزة لا الصغيرة والمجنونة فليس لوليها أن يطالب لها كما فى الإيلاء ﴿فيحبس له﴾ إن امتنع من التكفير ﴿إن لم يطلق﴾ فإن طلقها فلا حبس عليه ولا كفارة . قال فى الكشاف ولا شئ من الكفارات يجبر عليها ويحبس إلا كفارة الظهار لأن تركه للتكفير يضر بها .

﴿و﴾ حكم الظهار ﴿لا يرفعه إلا﴾ أحد أمرين إما ﴿انقضاء الوقت﴾ فى المؤقت ﴿أو التكفير﴾ بشرط أن يقع ﴿بعد العود﴾ فلو وقع قبل العود لم يجزه ولزمته كفارة أخرى فلو مات بعد العود وقبل الوطء لزمته الكفارة من رأس المال . ﴿و﴾ المود الموجب للكفارة ﴿هو إرادة الوطء﴾ الجائر عندنا ولو لم يخل بها ولو كان عاجزا عن الوطء لا إرادة مقدماته فلا يكون عائدا .

﴿ و ﴾ حكم الظهار ﴿ لا يهدمه إلا الكفارة ﴾ حيث كان مطلقاً أو مع بقاء وقته فلو ظاهرها ثم طلقها لم يهدم حكم الظهار إذا راجعها أو عقد بها وهكذا لو طلقها ثلاثاً ثم تزوجها بعد زوج آخر أو ظاهرها ثم استبرأها أو ظاهرها ثم ارتد ثم أسلم ثم تزوجها لم يهدم بالإسلام حكم الظهار ، وإذا علق الظهار بشرط ثم طلقها ثلاثاً ثم تزوجها بعد زوج ثان فحصل شرط الظهار فإنه يقع لأن التثليث لا يهدم الظهار فكذا شرطه وأما لو حصل شرط الظهار وهي مطلقة أو نحوه انحل بوقوع شرطه .

﴿ و ﴾ الكفارة ﴿ هي عتق ﴾ رقبة مسلمة إن وجدت ولو فاسقة أو قيمتها فإن ملك الرقبة فهو واجد ولو كان محتاجاً إليها . وقوله ﴿ كما سيأتى ﴾ معنى في كفارة الميمن . وضابط المذهب أنه يجزى كل مملوك ولو كان ممثلاً به إلا الحل والكافر وأم الولد ومكاتب كره الفسخ ﴿ فإن لم يجد ﴾ المظاهر في ملكه - قريباً أو بعيداً - رقبة يعتقها أو وجد الثمن ولم يجد الرقبة في البريد أو لا يمكنه تملكها مع وجودها أو كان له مال غائب عنه أو هو مقهور عليه ولا يصل إليه إلا بعد أن يفرغ من الصيام ﴿ فصوم شهرين ﴾ بالأهلة وإن نقصت أو ستين يوماً إن غم - يجزيه عن كفارة الظهار إذا صامهما ﴿ في غير واجب الصوم والإفطار ﴾ . وقوله في غير واجب الصوم يحتز من أن يصوم الشهرين أو بعضهما في الوقت الذي يجب صومه لتغير الكفارة كشهر رمضان ولو في السفر كالنذر الميمن فإنه لا يجزيه عندنا . وقوله والإفطار يحتز من أن يصوم بعض هذين الشهرين في الأيام التي يجب إفطارها كالعيدين وأيام التشريق فإن ذلك لا يجزى ، وإنما يجزيه صوم الشهرين عن ظهار امرأته إذا ﴿ لم يطلأها فيهما ﴾ فإن اتفق الوطء خلال الشهرين بطل الصوم ولزم الاستئنان وسواء كان الوطء ليلاً أم نهاراً عامداً كان أم ناسياً .

﴿ و ﴾ يجب أن يصوم الشهرين ﴿ ولاء ﴾ أى متواليين ﴿ وا ﴾ ن ﴿ لا ﴾ تقع موالاة بأن يفطر يوماً خلاهما أو آخرهما أو أكثر ﴿ استأنف ﴾ صيام الشهرين متتابعين

حتمًا ﴿إلا﴾ أن يقع التفريق ﴿لمنذر﴾ فإنه لا يلزمه الاستئناف ولا يطؤها في أيام المنذر فإن فعل استأنف كما لو وطئ المظاهرة ليلا وله وطء غيرها حال التكفير ، والمنذر نحو أن يعرض فيفطر ومن المنذر أن يوجب صوم كل اثنين أو كل جمعة فإنه إذا زال عذره بنى على ما قد كان محام ﴿ولو﴾ كان المنذر الذي أفطر في الشهرين لأجله ﴿مرجوا﴾ زواله و ﴿زال﴾ كالعرض العارض وزال فإنه لا يلزمه الاستئناف للصوم ﴿فيئني﴾ فوراً على ما كان قد فعل والخلاف في هذا كالحلاف في تفريق المنذر الذي نوى فيه التتابع .

﴿فإن تعذر﴾ عليه ﴿البناء على الصوم﴾ بأن عرض له عذر مانع من الصوم قبل أن يتم الشهرين ثم استمر ذلك المانع فلم يمكنه إتمام الصوم ﴿قيل﴾ القائل هو الفقيه يوسف ﴿أطعم للباقي﴾ من الصوم : مثال ذلك أن يصوم شهراً ثم عرض له علة مستمرة ما يؤسه من عطش مستمر أو هرم أو نحوها منعت هذه العلة الصوم واستمرت فإنه عند الفقيه يوسف يطعم عن الشهر الثاني ثلاثين مسكيناً وجبتين أو يعطى كل واحد منهم صاعاً . قال الإمام عليه السلام : وهذه المسئلة عندي فيها ضعف لأن ذلك يخالف عموم الآية الكريمة ويؤدي إلى الجمع بين الأصل والبدل ، فالقياس «وهو المختار للمذهب» أن يستأنف الإطعام من أوله . فإن صام المكفر شهراً ثم مات فإنه يجب عليه الإبقاء بإطعام ستين مسكيناً من تركته فإن لم يكن فلا شيء .

﴿فرع﴾ ومن أوجب صيام عمره فالمذهب أنه يكون له عذراً في التكفير بالإطعام وسواء كان النذر متقدماً على الظهار أم متأخراً عليه . فإن تعذر عليه العتق والصوم والإطعام فساداً بفعل ؟ قال في البيان ومثله في الوايل : لا يجوز له الوطء ولا يلزمه الطلاق ﴿فإن لم يستطعه﴾ بمعنى إذا ظن من نفسه تعذر الصوم في الشهرين أو يقول الأطباء أو بلحوق مشقة شديدة عليه ولو أمكن الصوم بعد الشهرين لزوال عذره المانع

من الصوم ﴿فإطعام ستين مسكيناً﴾^(١) يعنى يكفر بإطعامهم سواء كانوا أحراراً أم عبيداً ، وجبتين بإدام حيث كان الإدام معتاداً في الناحية وإلا فلا يجب ﴿أو تملئكم﴾ صاعاً صاعاً ﴿كالميين﴾ أى كما سيأتى في كفارة البين في فصل ٣٢٩ .

﴿ويأثم إن وطئ فيه﴾ أى فى حال الإطعام قبل الفراغ منه ولا يجوز فيستأنف الإطعام لبطلان السابق بالوطء وهذا هو المختار للمذهب . ﴿قيل﴾ والقاتل هو الفقيه حسن ﴿ولا﴾ يجب عليه أن ﴿يستأنف﴾ وقد أشار الإمام عليه السلام إلى ضعف هذا القول بقيل . ﴿ولا يجزئ العبد﴾ ولا المكاتب ﴿إلا الصوم﴾ أى لا يجزئ في التكفير العتق ولا الإطعام ولا يصح أن يطعم عنه سيده ولا يعتق عنه . واختلاف في قدر صومه فذهبنا أنه يصوم شهرين كالحرة لأنها عبادة كالصلاة وفى الكافي عن الصادق والباقر والناصر أنه يلزمه شهر واحد لأنها عقوبة فينصف كالحرة . قال فى الفيه : فإن قيل كيف يصح أن يهدى عن عبده فى الحج ولم يصح أن يكفر عنه هنا . قلت : ان كفارة الظهار مشروطة بالوجود والعبد غير واجد فلم يجزه بخلاف الحج .

﴿ومن أمكنه﴾ فعل ﴿الأعلى﴾ من خصال الكفارة كاملاً ﴿فى﴾ حال التكفير بـ ﴿الأدنى﴾ من خصاها ﴿استأنف به﴾ أى بالأعلى لإمكانه إذ الأدنى كالبديل لا يجزئ التكفير به إلا عند التعذر من الأعلى فإذا تمكن من الأعلى وجب التكفير به ولو فعل الأكثر من الأدنى وذلك كأن يكفر بالصوم لتعذر الاعتاق ثم لما صام بمض الشهرين أو كلهما إلا ساعة من آخر يوم تمكن من العتق لزمه الانتقال إلى العتق وهكذا إذا لم يمكنه الصوم فأطعم الستين وجبة إلا واحداً ثم تمكن من صوم الشهرين استأنف التكفير بالصوم فإن لم يتمكن من الأعلى كاملاً حتى فرغ من الأدنى لم يلزمه الاستئناف .

(١) والمسكنة فيهم أفضل، وإلا فالمراد أن يكونوا مصرفاً للزكاة ولو فقراء ويعتبر فيهم الإيعان.

وقد تقدم الفرق بين الفقير والمسكين فى كتاب الزكاة بأول فصل ٩٣ . اهـ

﴿والمبرة﴾ عندنا في إمكان الأعلى أو عدمه ﴿بحال الاداء﴾ دون حال الوجوب ،
وهذه قاعدة في جميع العبادات فإذا كان حال وجوبها عليه وهو يوم المود متمكناً من
المتق فلم يمتق أو متمكناً من الصوم فلم يصم ثم عزم بعد مدة على التكفير وهو وقت
الاداء وقد صار غير متمكن من المتق فإنه يجزيه الصوم ، وكذا إذا لم يتمكن من
المتق ولا الصوم أجزاء الإطعام ولا عبرة بتمكنه فيما مضى . هذا مذهبننا .

﴿وتجب النية﴾ على من أراد التكفير لأن فيه شائبة عبادة فينوى عتقه للكفارة
وكذا صومه أو إطعامه وتكون مقارنة أو متقدمة بيسير إلا في الصوم فلا تكون
إلا متقدمة لأنه يجب التبييت في كفارة الظهار ولا يكفي نيته للصوم لتنوعه ﴿إلا﴾
أنه يجب ﴿في تعيين كفارتى﴾ مختلف السبب لا في ﴿متحد السبب﴾ نحو أن يظاهر
من زوجات ثلاث فيعتق ثلاث رقاب أو يصوم ستة أشهر أو يطعم فإنه هنا لا يجب
عليه نية تعيين كل كفارة لظهار كل امرأة بعينها بل يكفي أن ينوى عن الكفارات
جملة أو ينوى كل واحد عن واحدة ولو لم يعين ، وكذا لو اختلف ما يكفر به كعتق
وصوم فإنه لا يحتاج إلى تعيين ، وهكذا الكلام لو تعددت عليه كفارة القتل ، وأما
إذا اختلف السبب نحو أن يكون عليه كفارة عن ظهار وكفارة عن قتل وجب تعيين
الأولى منهما وأما الأخرى فلا يجب لأنها قد تعينت بتعيين الأولى ، فإذا صام أربعة
أشهر عن كفارة الظهار وعن كفارة القتل لم يجزه حتى يعين النية في شهرين عن
إحدهما بعينها وفي الشهرين الآخرين لا تجب النية عن الأخرى لأنها قد تعينت بتعيين
الأولى ، وكذا لو أعتق عبيدين عنهما من غير تعيين النية في إحدهما بعينها لم تجزه .
﴿فرع﴾ لو تعددت الكفارات عن ظهار زوجاته وكفر الأولى بعد إرادة
وطء الجميع من غير تعيين فله أن يعينه لإحدها ولو بالوطء ، وإذا تشاجرن قبل التعيين
أقرع بينهما ندباً .

﴿ولا تتضاعف﴾ أى لا تعدد الكفارة ﴿إلا بتعدد المظاهر﴾ لو كان له ثلاث

أو أربع نساء فظاهرهن جميعاً فتعدد الكفارات بحسبهن ، وسواء ظاهرهن جميعاً بلفظ واحد أو ألقاظ ﴿ أو تخلل العود والتكفير ﴾ معاً بين الظهار الأول والآخر ولو على امرأة واحدة . مثاله أن يظاهر امرأته ثم يعود ويكفر ثم يظاهر منها ثم يعود فتلزمه كفارتان ثم كذلك ، فأما لو لم يتخلل العود والتكفير لم تلزمه إلا واحدة ، وهكذا لو تخلل العود دون التكفير لم يتعدد . قال في الفيت وإنما لم يكن العود كافياً كاليمين لأن حكم الظهار باق فهو ظهار واحد فلا يقع الثاني حتى يرتفع الأول بالكفارة إذ تكرر لفظه لا يوجب تكرير حكمه .

﴿ ١٨٤ ﴾ باب الإيلاء

الإيلاء لغة : هو اليمين ، وشرعاً هو الحلف من الزوجة أربعه أشهر وهو مباح ما لم يقصد الإضرار فليس بمباح .

﴿ فصل ﴾

واعلم أن الإيلاء إنما ينمقد بإثني عشر شرطاً : ﴿ الأول ﴾ أن يكون ﴿ من حلف مكلفاً ﴾ ولو عبداً أو محبوب الذكر - احتراز من الصبي والمجنون فلا يصح إيلاؤهما ويصح عندنا من السكران : ﴿ الثاني ﴾ أن يكون ﴿ مختاراً ﴾ فلا ينمقد من المسكر إلا أن ينويه صح . ﴿ الثالث ﴾ أن يكون ﴿ مسلماً ﴾ فلا يصح من الكافر ولو ذمياً عندنا . ﴿ الرابع ﴾ أن يكون المولى ﴿ غير أخرس ﴾ فلا يصح من أخرس بالإشارة . ﴿ الخامس ﴾ أن تكون اليمين ﴿ قسماً ﴾ والقسم هو أن يحلف بالله تعالى ولو ملحوناً أو بصفة لداته كقدرته وعظمته أو بصفة لفعله لا يكون على ضدّها كالعهد والأمانة كما سيأتى . قال في البيان : ويصح ولو بالفارسية لمن يعرفها وهي « خدای بیار » أى والله لا وطئتك . فلو حلف بغير ما تقدم لم يكن إيلاء وذلك كالحرام نحو أن يقول هى على حرام لاوطئتها أربعة أشهر وذلك كاليمين المركبة نحو أن يقول امرأته طالق أو عبدى حر أو ماله صدقة أو عليه صوم كذا إلا وطئ امرأته

أربعة أشهر فإنه لا يقع بذلك إيلاء وإن لزم المحلوف به لو جامعها .

﴿ السادس ﴾ أن يكون قسمه متملقاً بأن ﴿ لا وطئاً ولو ﴾ كان حلفه من الوطء لها ﴿ لعذر ﴾ أوجب تلك اليمين سواء كان العذر يرجع إليه بأن يكون ممن يضره الجماع أو يرجع إلى غيره كالرضيع ونحو ذلك فإنه ينعقد مع ذلك الإيلاء .

﴿ السابع ﴾ أن تكون المرأة المولى منها ﴿ زوجة ﴾ ولو بنكاح فأسد لا يملو كتمه أو أجنبية فلا يقع . ﴿ الثامن ﴾ كون الزوجة المحلوف منها ﴿ تحتة ﴾ في الحال ولو ناشئة فلو كانت مطلقة في الحال ولو رجعيًا لم يصح إيلاءه منها ، وأما المظاهرة فيصح الإيلاء منها . ومن قال ان الطلاق يتبع الطلاق صحح الإيلاء من المطلقة رجعيًا .

ومتى آلى من زوجته بالشروط المعتبرة ثبت حكم الإيلاء ﴿ كيف كانت ﴾ سواء كانت حرة أم أمة صغيرة أم كبيرة مدخولة أم غير مدخولة صحيحة أم رتقاء . ويصح الإيلاء من زوجة واحدة ﴿ أو أكثر ﴾ نحو أن يحلف لا وطئ زوجاته . ولو وطئ بعد مضي الأربعة الأشهر أو مات بعضهن فلباقيات أن يرافعن وإذا وطئ واحدة منهن قبل الأربعة الأشهر لم يبطل حكم الإيلاء ولم يحث ومتى مضت أربعة أشهر ثبت لكل واحدة حق المرافعة سواء نوى الجميع أو أطلق .

﴿ التاسع ﴾ أن الإيلاء ﴿ لا ﴾ يقع ﴿ بتشريك ﴾ نحو أن يحلف لا وطئ فلانة ثم قال وأنت يا فلانة مثلاً أو أشركتك معها فإنه لا يقع الإيلاء في حق التي شركها ويقع في حق الأولى . والوجه فيه أن التشريك كناية واليمين كناية محصورة كإسياني . أما لو قال وأنت يا فلانة كان موليًا منهما لأنه صريح إذا لم يقل أو معها بل سكت ، وكذا لو خير فقال فلانة أو فلانة وقع كما يأتي في الأيمان .

﴿ الشرط العاشر ﴾ أن يكون حلفه متملقاً بالوطء أما ﴿ مصرحاً ﴾ بذلك فلا يحتاج إلى نية .. مثاله أن يحلف لا جامعها في فرجها ولو لم يقل في قبلها لأنه ينصرف إلى القبل أو لا غشياً أو لا أدخل ذكره في فرجها ، أو لا افتضاها وهي بكر ولو لم

يقول بذكره لأن العرف فيه أنه يريد بذكره فلا يحتاج إلى ذكره لأنه في حكم المنطوق به ويدين باطناً فقط ﴿أو﴾ يكون ﴿كأنياً ناوياً﴾ ومثاله لا قرب منها أو لا آتاها أو لا جمع رأسهما وسادة فهذه ونحوها تحتاج إلى نية . ﴿الشرط الحادى عشر﴾ أن يكون المولى ﴿مطلقاً﴾ لعدم وطئه لها كأن يحلف لا وطئها وأطلق ولم يؤقته بوقت ﴿أو﴾ كان ﴿موقتاً﴾ لعدم وطئه لها إما ﴿بموت﴾ الزوجة أو موته أو موت ﴿أيهما﴾ فيثبت حكم الإيلاء بذلك ، لا لو وقت بموت غيرها فلا يثبت حكم الإيلاء ﴿أو﴾ يكون مؤقّتاً ﴿بأربعة أشهر فصاعدا﴾ من يوم اليمين فإنه يكون مولياً لادون الأربعة الأشهر فلا يكون مولياً . فلو حلف منها ثلاثة أشهر ثم فى الشهر الثانى حلف منها كذلك ثم لم يزل كذلك فلا يكون مولياً وإن حصل الضرار لأنه لم يقمّده بأربعة أشهر حكاه فى البحر ﴿أو﴾ وقته ﴿بما يعلم﴾ أو يظن ﴿تأخره عنها﴾ أى أنه لا يأتى ذلك إلا بعد مضى الأربعة فإنه يكون مولياً، مثال ذلك أن يقول لاوطئتك حتى تطلع الشمس من المغرب أو حتى تخرج الدابة ، أو حتى ينزل السميح ، أو حتى يخرج الدجال ، أو حتى يصل فلان وهو فى تلك الحال فى جهة بعيدة لو سار لم يصل إلا لأربعة أشهر فصاعداً أو غير ظان ركوب ما يوصله لدون الأربعة الأشهر فإنه يكون فى جميع هذه الصور مولياً ويقع الإيلاء ولو وصل فى الحال لأن العبرة بالظن لعدم وصوله لدون الأربعة الأشهر ولها مرافعته بعد مضى أربعة أشهر .

﴿الشرط الثانى عشر﴾ أن يكون ﴿غير مستثنى﴾ باللفظ . لا بالنية فإن استثنى وكان المستثنى من الإيلاء غير معين فإنه يبطل به الإيلاء مثال ذلك أن يقول لا جامعتك سنة إلا مرة واحدة أو إلا مرتين أو نحو ذلك فهذا لا يكون إيلاء لأنه لم يعلم أن مدة الإيلاء أربعة أشهر فصاعداً لعدم تعيين الوقت المستثنى من الإيلاء ﴿إلا﴾ إذا استثنى ﴿ما تبقى معه الأربعة﴾ صح إيلاء . ومثال الاستثناء الذى يصح معه الإيلاء أن يقول إلا مرة فى شهرى هذا أو فى وسط السنة فإن ذلك لا يفسد الإيلاء بل يصير

موليا بالمدة التي تأتي بعد مضي المدة التي استثنى فيها لأنه يبقى أربعة أشهر فصاعدا وهكذا لو لم يوقت بسنة بل قال لا وطئتك إلا مرة واحدة فإنه يكون موليا قبل أن يطأها وبعده . قال في البيان : وإن كان المستثنى معينا كإلا يوم العيد نظر فيما قبله وفيما بعده فأيهما كان أربعة أشهر فما فوق ثبت الحكم فيه وإذا حنث فيما قبله انحلت يمينه .

نعم وإذا آلى من زوجته على الشروط التي تقدمت ﴿رافعته﴾ إلى الحاكم حيث لم يكن قد وطئ فإن كان قد وطئ لزمته الكفارة وليس لها مرافقته وسواء كان الحاكم من جهة الإمام أو غيره وكذا في الظهار بخلاف اللعان لأنه كالحد، ولها مرافقته في الإيلاء ﴿بعدها﴾ أي بعد مضي أربعة أشهر فتطالبه برفع التحريم ﴿وإن﴾ كانت ﴿قد عفت﴾ عن المطالبة فلها أن تطالبه بعد العفو ﴿إن رجعت﴾ عن العفو ولو كانت ناشزة ﴿في المدة﴾ أي مدة الحلف فإن رجعت بعد مضيتها لم يكن لها أن ترافقه بعد ذلك لأنه قد ارتفع التحريم، فإن لم تعف عنه كان لها مطالبته بعد أربعة أشهر ولو قد مضت مدة الإيلاء عندنا .

﴿و﴾ إذا آلى من إحدى زوجاته كان لهن ﴿كلهن﴾ المرافقة ﴿مع اللبس﴾ في المولى عنها لأن كل واحدة في حكم المولى عنها .

﴿فرع﴾ قال في البيان وإذا آلى مع إحدى زوجاته غير معينة أو معينة والتبست ففي الوجه الأول يحنث بوطء واحدة وفي الثاني لا يحنث إلا بوطء الجميع لأن الأصل براءة الذمة .

واعلم أن ولاية المرافقة في الإيلاء إلى الزوجة أو وكيلها سواء كانت حرة أم أمة ﴿الأولى﴾ الزوجة ﴿غير المأقلة﴾ فلا يطالب لصغيرة أو مجنونة ولا السيد عن أمته ، وإذا رافقته إلى الإمام أو الحاكم أمره بأن ينفى أو يطلق ﴿فيحبس﴾ إن امتنع ﴿حتى يطلق أو ينفى﴾ أو يفسخ ويمتنع فعل أحد الثلاثة أطلق من الحبس . ولو طلق

أولا باختياره قبل أن يرافع أو يجبس لم يكن لها المرافعة، فإذا راجع أو عقد بعد العدة أو قبلها في حق البائن كان لها أن ترافعه إذا عادت إليه قبل انقضاء مدة الإيلاء وسواء بقى من مدة الإيلاء أربعة أشهر أو أقل ولو لم يبق إلا ساعة واحدة .

والقوة هو في حق ﴿ القادر ﴾ على الوطء ﴿ بالوطء ﴾ في القبل، وأقله ما يوجب النسل في الثيب وإذهاب البكارة في البكر، فإذا وطئها ارتفع الإيلاء، وسواء وطئها عاقلاً أم مجنوناً وسواء كانت عاقلة أم مجنونة . ﴿ والعاجز ﴾ عن الوطء لمرض أو كبر سن - ويقبل قوله في دعوى العجز - بقاء ﴿ باللفظ ﴾ بأن يقول فئت عن يميني أو رجعت عن يميني، وإذا فاء باللفظ فإنه لا يحث بمعنى لا كفارة عليه .

﴿ والعاجز عن الوطء ﴾ يكافئه ﴿ الحالك ﴾ متى قدر ﴿ على الوطء ﴾ أو زال عذره من غير العجز كالتحريم لحيض أو نفاس أو إحرام أو نحو ذلك ﴿ ولا ﴾ يجوز للحاكم ﴿ إسهال ﴾ العاجز إذا كانت مدة الإيلاء باقية بعد أن قدر على الوطء أو زال العذر ﴿ إلا ﴾ أن يزول عذر العجز أو التحريم ﴿ بعد مضي ما قيد به ﴾ الإيلاء فإنه يمهله حينئذ ﴿ يوماً أو يومين ﴾ أو أقل أو أكثر على ما يراه الحاكم لأن المسئلة اجتهادية وبعدها يجبس .

﴿ ومن أحكام الإيلاء أنه ﴾ يتقيد بالشرط ﴿ نحو أن يقسم لا وطئ زوجته أربعة أشهر إن دخلت الدار فإنها متى دخلت الدار وهي زوجته غير مطلقة ولا مفسوخة صار مولياً وكذا لو علق بمشيئة زيد وقع الإيلاء إن شاء زيد في المجلس أو مجلس بلوغ الخبر . فأما لو علق بمشيئة الله تعالى لم يكن مولياً لأن الوطء مباح لا يشاء الله فعله ولا تركه إلا حيث كان يضره الوطء أو يضرها في غير البكارة فإنه يقع لأن الله لا يشاء الامتناع منه إلا إذا أضر وكان المولى يظن استمرار المضرة أربعة أشهر فصاعداً فلو زال الظن قبل الأربعة فقد وقع الإيلاء بالظن الأول . و ﴿ لا ﴾ يقع الإيلاء (التاج للذهب - ١٧ - ن)

بـ ﴿الاستثناء﴾ مثال ذلك أن يقول : والله لا وطئتك سنة إلا يوماً أو إلا أن يقدم زيد ونحو ذلك ﴿إلا ما مر﴾ من الاستثناء الذى يبقى معه أربعة أشهر فإنه يصح معه الإيلاء .

﴿و﴾ من أحكام الإيلاء أنه ﴿لا يصح التكفير﴾ من الولي - من زوجته - عن إيلائه ﴿إلا بعد الوطء﴾ سواء كان قادراً أم عاجزاً ورجع بلسانه .

﴿فرع (١)﴾ لو آلى ثم ظاهر أو العكس كفر للظاهر ثم وطئ وكفر عن الإيلاء إذ لا تجزى كفارة الإيلاء قبل الحث . قال فى البيان : وإذا رافقته أئزمه الحاكم بالكفارة عن الظهار والقيء بلسانه عن الإيلاء حتى يخرج كفارة الظهار ثم يؤمر بالوطء .

﴿و﴾ من أحكام الإيلاء أنه ﴿يهدم﴾ ولو مشروطاً ﴿للا كفارة - التثليث﴾ فلو آلى من زوجته ثم طلقها ثلاثاً ثم عادت إليه بعد زوج أنهدم حكم الإيلاء ولو بقى منه أكثر من أربعة أشهر، وأما الكفارة فلا تهدم بالتثليث بل يلزمه إذا وطئ بعد أن عادت إليه وكانت مدة الإيلاء باقية، فإن عادت إليه وقد انقضت فلا يحث بالوطء والردة لا تهدم حكم مرافعة الزوجة لو عادت إليه فى مدة الإيلاء فأما الميئن فقد سقط حكمها بالإسلام فلا كفارة. حكى معناه فى البحر والسكواكب.

﴿و﴾ إذا اختلف الزوجان فى وقوع الإيلاء وعدمه كان ﴿القول لمنكر وقوعه﴾ منهما مع يمينه والبيينة على مدعيه لأن الأصل عدم الإيلاء ﴿و﴾ إذا اتفقا فى وقوعه واختلفا فى مضى مدته فالقول قول منكر ﴿مضى مدته﴾ لأن الأصل البقاء ﴿و﴾ كذا إن اتفقا فى وقوعه ومضى مدته واختلفا هل وقعت الفيسة بالوطء أم باللفظ فالقول لمنكر حصول ﴿الوطء﴾ والبيينة على مدعى ذلك .

﴿و﴾ إذا قال لزوجته والله لا وطئتك ﴿سنة ثم﴾ والله لا وطئتك ﴿سنة﴾

فإن هذين ﴿إيلاءان﴾ اثنتان لتكرر القسم فترافعه في السنة الأولى بعد مضي أربعة أشهر منها ثم في السنة الثانية كذلك، وسواء وطئها في السنة الأولى أو طلقها ثم راجعها أو تزوجها بمقد جديد إذا عادت إليه وقد بقي من السنة الثانية شيء. وإن عادت إليه بعد مضيتها لم يثبت لها حكم المرافعة فيها وفي السنة الثانية لها مرافعته إذا عادت إليه ولو لم يبق إلا ما يتسع للمطالبة والمرافعة ﴿لاستئنان﴾ أي حيث قال والله لا وطئتكَ سنتين كان إيلاء واحداً، وكذا لو قال والله لا وطئتكَ سنة ثم سنة أو سنة فسنة .

﴿١٨٥﴾ باب اللعان

هو لغة الطرد والابعاد ، مأخوذ من اللعن ، لأن الملعن يقول في الخامسة لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ، والأصل فيه قبل الإجماع قوله تعالى : « واللذين يرمون أزواجهن » الآيات ^(١) وسبب نزولها قصة هلال ابن أمية لما قذف زوجته خولة بنت عاصم بشريك بن سحما ، فقال له النبي صلى الله عليه وآله وسلم « البينة أو حد في ظهرك » فنزلت الآيات فتلاعنا عنده بعد نزولها وسقط باللعان عنه الحد ، وهذا هو قول الجمهور .

﴿مسئلة﴾ وقذف الزوج لزوجته يجوز مع المسلم بالزنا ولا يجب ذكره في مذهب الشافعي إذ يلحقه العار فيجب رفع العار عن نفسه بعدم فعل اللعان ، إلا حيث كان ثمة ولد وعلم أنه ليس منه حيث لم يقربها وجب لعدم ثبوت الميراث له في الشرع ، فيجب عليه رفع توهم أنه ليس منه لئلا يرث ، وأما مع الظن فلا يجوز . وأما قذف الأجنبي فلا يجوز ولو علم زناه إلا إذا كان معه أربعة شهود ، ذكرور ، أصول ،

(١) في سورة النور من آية ٦ إلى ٩ .

عدول ، يشهدون بالزنى ، أو ثلاثة معه وهو الرابع لأن مدعى الحسبة يصح أن يكون أحداً للشهود. واشترط الذكورة والعدالة والاصالة لثبوت الحد على الشهود عليه بالزنى لا لسقوطه عن القاذف فيكفى العدد كما سيأتى فى الحدود. انتهى ملخصاً من البيان وشرح ابن بهران .

(فصل)

(يوجب) يعنى يثبت (رمى) زوج (مكاف) مختار (مسلم غير أخرس) ولو سكراناً أو عبداً ، فلو كان صغيراً أو مجنوناً أو مكرهاً أو كافراً ورماه بعد العدة. أو أخرس لم يصح لعانه . وقد يصح اللعان بين المسلمة وزوجها الكافر حيث ارتد عن الإسلام أو كانا ذميين أو حربيين ثم أسلمت وقذفها فى حال العدة فاشترط الإسلام إنما هو فى الزوجة. قال فى البيان مامعناه: فيشترط أن تكون بالغة عاقلة حرة مسلمة يمكن وطؤها عفيفة عن الزنى فى الظاهر .

وإنما يجب اللعان بأحد عشر شرطاً :

﴿ الشرط الأول ﴾ أن يكون ﴿ لزوجة ﴾ فلو رمى أمته أو أم. ولده أو أجنبية ثم تزوج بها فلا لعان لكن يعزر لقذف الأمة وأم الولد ويحد لقذف الأجنبية .
﴿ الشرط الثانى ﴾ أن تكون تلك الزوجة ﴿ مثله ﴾ أى مثل الزوج فى كونها مكافئة مسلمة غير خرساء .

﴿ الشرط الثالث ﴾ أن تكون الزوجة ﴿ حرة ﴾ جميعها فلو كانت أمة فلا لعان .
﴿ الشرط الرابع ﴾ أن تكون ﴿ ممكنة الوطء ﴾ فلو كانت رتقاء أو بكرأ فلا لعان لأنه لا غضاضة عليهما فى القذف لكن يعزر القاذف إلا أن يضيفه إلى دبرها ثبت اللعان .
﴿ الشرط الخامس ﴾ أن تكون باقية ﴿ تحته ﴾ ولو خرجت ثم عادت ولو بعد زوج .

﴿الشرط السادس﴾ أن تكون تحته ﴿عن نكاح صحيح﴾ في مذهبهما أو حكم الحاكم بصحته فلو كان فاسداً أو باطلاً فلا لمان ﴿أو﴾ كانت قد خرجت منه بطلاق لكنها ﴿في العدة﴾ فإنه يجب اللمان ولو كانت في عدة البائن أو فسخ من حينه . فأما لو كانت قد انقضت عدتها ولا ولد لها فلا لمان .

﴿الشرط السابع﴾ أن يقذفها ﴿بزنى﴾ ولو لغير آدمى ولو في الدبر فلو رماها بشيء من الفسوق غير الزنا أو بالكفر لم يجب اللمان .

﴿الشرط الثامن﴾ أن يرميها بوقوع الزنى ﴿في حال يوجب﴾ الرمى فيه ﴿الحدة﴾ وضابطه أن تكون الزوجة ممن يجب عليها الحدة لأجل الزنى والزواج ممن يجب عليه الحدة لأجل القذف ليخرج لو كانت كافرة أو مملوكة فيجب عليها الحدة ولا شيء على قاذفها أو كان القاذف صغيراً أو أضاف إلى حال لا يجب فيه الحدة حكى معنى هذا في الزهور نحو أن يقول زينت وأنت مجنونة أو غالطة أو صغيرة أو مكروهة وقد كانت على ذلك لم يجب اللمان لأنه لا حدة عليها ولا عليه في هذه الحال . وكذا لا يجب اللمان أيضاً لو قال لها زينت وأنت يهودية أو مملوكة وقد كانت على ذلك والقول للزوج ما لم يعلم كذبه .

﴿ولو﴾ أضاف الزنى إلى ﴿قبل العقد﴾ له بها مهما كانت حال القذف تحته ﴿أو﴾ لم يرميها بالزنى لكنه وقع منه ﴿نسبة ولده منها﴾ أو ولدها من غيره ﴿إلى الزنى مصححاً﴾ نحو أن يقول هذا الولد زينت به أو هذا الولد من زنى فيجب اللمان بينهما . فأما السكناية فلا تكفي في وجوب اللمان فلو قال هذا الولد ليس بابني لم يجب اللمان بمجرد هذا اللفظ ويحد للقذف لأنه يحتمل أنه أراد من زوج آخر إلا أن يفسره بالصريح وجب اللمان .

﴿قيل﴾ هذا القول أخذه الفقيه حسن والفقيه يوسف من ظاهر قول الإمام الهادي عليه السلام وهو أنه إذا نسب ولدها منه إلى الزنى فإنه يثبت اللمان ﴿ولو﴾ كان

ذلك الرى منه لها ﴿بعد الطلاق﴾ وبعد انقضاء ﴿العدة﴾ لوجود الولد بينهما بخلاف ما لو رماها بالزنى فقط بعد العدة لم يجب اللعان وإنما يجب الحد للقذف . واختار أنه لا فرق سواء كان ثم ولد بينهما أم لا فلا يصح اللعان بعد انقضاء العدة لأنها قد صارت بعد انقضائها أجنبية عنه فيثبت القذف وقد أشار الإمام عليه السلام إلى ضعف ما أخذه الفقهاء بقوله قيل .

﴿و﴾ ﴿الشرط التاسع﴾ أن يكون ﴿ثم إمام﴾ في البلد التي تليه أو من يقوم مقامه ممن ولايته مستندة إليه .

﴿و﴾ ﴿الشرط العاشر﴾ أن ﴿لا﴾ يكون للزوج ﴿بينة﴾ وتقام الشهادة ولو هو أحدهم إذ لو كان للزوج بينة وجب عليها الحد وليس له طلب اللعان .

﴿و﴾ ﴿الشرط الحادى عشر﴾ أن ﴿لا﴾ يكون ثم ﴿إقرار﴾ من الزوج بالولد ولا من المرأة بالزنى فلو أقر الزوج بالولد أو المرأة بالزنى فلا لعان بينهما واعتبار هذين الشرطين الآخرين لازم ﴿فيهما﴾ أى فى اللعان لأجل نفى الولد ولسقوط الحد عن القاذف وإلا لم يجب اللعان ﴿ومنه﴾ أى ومما يوجب اللعان قول القائل لزوجه ﴿يا زانية﴾ لأنه رى لها بالزنى كما لو قال أنت زانية فلو قال ما أظنك إلا زانية أو أظنك زينة لم يكن قاذفاً لها لأنه لم يقطع باليقين إذ أنه أخبر عن ظنه بأنها زنى . وكذا إذا قال لها قالوا أو قال فلان إنك زينة . وكذا لو قال يا زانية فقالت زينتُ بك أو زينتُ بى فلاحداً ولا لعان . والوجه فيه أنه قد يُسمى وطء الزوجة زنى على طريق المجاز ممن كثرت وقاحت . فأما لو كانا أجنبيين ففى قولها زينت بك لاحد على واحد منهما لأنه قد قذفها وصدقته فسقط عنه حد القذف وسقط عنها حد الزنى لأنها لم تقر إلا مرة ولم يلزم أن تكون قاذفة لأنها أضافت الزنى إلى نفسها ولعله كان مكرهاً أو ناعماً حملاً على السلامة . وأما قولها زينت بى فيكون كل منهما قاذفاً لصاحبه فيلزم حد القذف لأنها لم تصدقه بل أضافت الزنى إليه ويحتمل أنها مكرهة

فلا محذور للزنى إما لأنها لم تقر إلا مرة واحدة أو لأنه يحتمل الإكراه ولو أقرت أربع مرات .

﴿١٨٦﴾ (فصل)

في بيان من يتبدى بالمطالبة باللعان وفي بيان غرضه وصفته : أما من له المطالبة فالمطالبة تثبت لكل واحد منهما ، وأما غرضه فقد بينه الإمام عليه السلام بقوله ﴿ ويطلبه الزوج ﴾ لأحد غرضين إما ﴿ للنفي ﴾ أى لنفى نسب الولد منه ﴿ و ﴾ إما لأجل ﴿ إسقاط الحق ﴾ الثابت بالزوجية من النفقة والكسوة وغير ذلك لأنه إذا طلقها لزمته الحقوق في العدة . وإذا فسخها باللعان سقطت عنه الحقوق في العدة فله أن يطالب باللعان لأحد الغرضين .

﴿ وهى ﴾ بمعنى الزوجة تطلب اللعان لأحد غرضين إما ﴿ للنفي ﴾ للولد من الأب وتصير عصبته عصبة أمه عقلاً لا نكاحاً وإراثاً ونسباً . ويقطع حكم الأبوة بينه وبين من نفاه . قال في الدرر وشرح النكت : ولا يلحق نسبه نسب أمه فلو كانت هاشمية لم يكن هاشمياً ولا يرث إلا ميراث ذوى الأرحام ﴿ و ﴾ إما لإثبات حد ﴿ القذف ﴾ على الزوج .

نعم . وأما تبين صفة اللعان ﴿ فيقول ﴾ لهما ﴿ الحاكم ﴾ أو نائبه أو الإمام ﴿ بعد ﴾ أن أحضرهما ووعظهما وخوفهما من الإقدام على اللعان ، و ﴿ حثهما على التصديق ﴾ ندباً كما روى عنه صلى الله عليه وآله وسلم أنه وعظ كل واحد من الثلاثين وأخبرهم أن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة . وفي حديث آخر قال : « الله يعلم أن أحداً كاذب فهل منك من قائب » ثلاثاً متفق عليهما . وإذا حثهما على التصديق ﴿ فامتنما ﴾ فإنه يبدأ بتحليف الزوج فإن حلف بغير تحليف لم يمتد به فيقول له الإمام أو حاكمه ﴿ قل والله إنى لصديق فيما رميتك به من الزنى ونفى ولدك

هذا ﴿ فإذا قال ذلك أمره أن يكرر ذلك ﴾ أربمًا ﴿ وهذا حيث يكون ثم ولد فإن لم يكن ثم ولد كفى أن يقول فيما رميتك به من الزنى . ﴾ ثم ﴿ إذا فرغ من تحليف الزوج أمر الزوجة أن ﴾ تقول والله ﴿ أو أى ألفاظ القسم المعروفة ﴾ إنه لمن السكاذيين فى رمية ﴿ لى بالزنى ﴾ ونفيه ﴿ لهذا الولد ﴾ كذلك ﴿ أى تكرر ذلك أربمًا ﴾ والولد ﴿ فى حال التحليف ﴾ حاضر ﴿ فى حجر المرأة ندبًا ﴾ مشار إليه ﴿ إن كان هناك ولد منق . قال الإمام عليه السلام : والأقرب أنه لا يجب إحضار الولد المنقى إن أمكن تعيينه من دون حضوره وإلا وجب فإن نسكت عن اليمين فيكفى امتناعها مرة واحدة فى وجوب الحد عليها وإذا رجعت إلى اللعان قبل كمال الحد عليها قبل منها وكذلك حكم الزوج ذكر معناه فى البيان .

﴿ نعم ﴾ ويجب تقديم الزوج فى التحليف على الزوجة ﴿ فإن قدمها أعاد ﴾ أيمانها فقط وإن قدمها ولم يكن الزوج قد حلف ابتداء الزوج واستأنفت . هذا ﴿ ما لم يحكم ﴾ فإن كان قد حلف سهواً أو غلطاً أو هو مذهبها نفذ فإن كان عمداً لم يصح ﴿ ثم ﴾ بمد كمال التحليف ﴿ يفسخ ﴾ الحاكَم بينهما ولا يَتِمُّنَ لفظ الفسخ بل يكفى قوله لا يجتمعان أبداً . لأنه روى الدارقطنى عن سهل بن سعد فى قصة التلاعنين « ففرق رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بينهما وقال لا يجتمعان أبداً » أو يقول رفعت النكاح بينكما ﴿ ويحكم بالنفى ﴾ إن كان ثم ولد وإعما يحكم بالفسخ والنفى ﴿ إن طلب ﴾ منه ذلك ولو من أحدهما فقط فلو لم يطالب بالحكم لم يحكم فإن حكم من دون طلب صح وللحاكم أن يقول اطلب الحكم منى ولا يكون تلقيناً ﴿ فيسقط الحد ﴾ عنهما متى حكم الحاكم بالنفى والفسخ . قال فى حاشية السحولى : أما إذا كملت الأربع فإنه يسقط الحد من غير حكم ﴿ وينتفى النسب ﴾ إن كان ثم ولد ﴿ وينفسخ النكاح ﴾ بينهما ﴿ ويرتفع الفراش ﴾ كارتفاعه بالطلاق البائن ﴿ وتحرم ﴾ عليه تحرماً ﴿ مؤبداً ﴾ وهذه الأحكام الخمسة لا تثبت إلا بعد كمال الأيمان الأربع من كل واحد على الترتيب

وبعد الحكم بالنفي والفسخ إلا سقوط الحد فيبعد كمال الأيمان الأربع ﴿ لا بدون ذلك ﴾ فلا يثبت واحد منها ﴿ مطلقا ﴾ يعنى سواء انضم إلى دون الأيمان الأربع حكم أم لا .

﴿ و ﴾ إذا نفى الزوج ولداً ثم فرق الحاكم بينهما ثم ولدت آخر فإنه ﴿ يكفى ﴾ هذا اللعان ﴿ لمن ولد بعده ﴾ أى بعد الوضع ﴿ لدون أدنى الحمل ﴾ إذا نفاه الزوج أو لم يُقرّ به فإن أقرّ به حُدّ لقذف الزوجة إن طلبته ولزمه الولدان لأنه حمل واحد ﴿ و ﴾ لو نفى ولداً ثم وقع اللعان بينهما والحكم بالنفي ثم أكذب نفسه بعد ذلك وأقر بالولد فإنه ﴿ يصح الرجوع ﴾ من الزوج ﴿ عن النفي فيبقى ﴾ من تلك الأحكام الخمسة التى تثبت بعد الحكم ﴿ التحريم ﴾ المؤبد ويبطل باقيا .

﴿ فإن رجع ﴾ الزوج وأكذب نفسه ﴿ بعد موت ﴾ الولد ﴿ المنفى لم يرثه ﴾ هذا الأب الملاحن ﴿ قيل ﴾ والبقول لبعض المذاكرين ﴿ وإن لحقه ولده ﴾ أى إذا كان للولد المنفى ولد لحق نسبه بالأب الملاحن وكان جدّاً لابن المنفى ولا يرث منه شيئاً لأنه أقر بحق له وهو الإرث فلا يصادق ويحق عليه وهو لحوق النسب فيصح إقراره . قال الإمام عليه السلام وفيما ذكره ضعف لأنه خلاف ما حكاه أبو جعفر فى شرح الإبانة عن الإمام الهادى لأنه قال إن لم يكن للولد المنفى ولد لم يثبت نسبه ولا ميراثه وإن كان له ولد ثبت نسبه وميراثه لأن النسب أصل والميراث فرع وإذا ثبت الأصل ثبت الفرع . هذا هو المختار للمذهب .

﴿ ولا ﴾ يصح من الرجل ﴿ نفى ﴾ الولد ﴿ بعد الإقرار ﴾ به وسواء علم أن له نفية أم لا فيثبت نسبه بعد الإقرار وإن نفاه من بعد لم ينتف ويحد لقذف المرأة وليس له أن يلاعنها لأجل سقوط الحد عليه ﴿ أو ﴾ نفى الولد بعد ﴿ السكوت حين العلم به و ﴾ قد علم ﴿ أن له النفي ﴾ وعلم أن التراخى بعد العلم بالأمرين مبطل للنفي فإذا علم بهذه الثلاثة الأمور لم يكن له نفى الولد بعد وسواء سكبت سكوت مستبشر

أو سكوت مفكر وخرج من المجلس ولم ينقه وإلا فله النفي في المجلس قبل الإعراض
منهما . وأما إذا سكنت حين علم بمحدث الولد ولم يعلم أن له نفيه كان له نفيه متى
علم أن له النفي ولو بعد زمان طويل من وقت الولادة وثبت اللعان بينهما .

﴿ ولا ﴾ يصح نفي الولد ﴿ بدون حكم ولعان ﴾ فلو تصادق الزوجان على نفي الولد
لم ينتف ، وكذا لو اتفعا ولم يقع بينهما حكم أو حكم الحاكم من دون لعان لم يصح
النفي ﴿ ولا ﴾ يصح النفي ﴿ لمن مات أو ﴾ مات ﴿ أحد أبيه ﴾ أو الإمام ﴿ قبل الحكم ﴾
بالنفي بل ثبت نسب الولد والميراث . ﴿ ولا ﴾ يصح النفي أيضاً ﴿ لبعض بطن دون
بعض ﴾ فلو ولدت المرأة توأمين لم يصح نفي أحدهما دون الآخر ويتلاعن الزوجان
لأجل القذف وكما مرّ قريباً لو نفاهما جميعاً ثم مات أحدهما قبل الحكم وكما مرّ أيضاً
لو نفى ولدألها وحكم بالنفي ثم جاءت بولد لدون ستة أشهر من يوم الوضع الأول
النفي فإنه يكون منفياً بنفي الأول وقد مرّ وإن أقرّ بالثاني ثبت نسب الأول أيضاً
كما تقدم .

﴿ ولا ﴾ يصح النفي أيضاً ﴿ لبطن ثانٍ ﴾ غير هذا النفي إذا ﴿ لحقه بعد اللعان ﴾
فلو وقع اللعان بنفي الولد وحكم الحاكم ثم جاءت بولد بعد ذلك لستة أشهر فصاعداً
من وضع الأول إلى أربع سنين من يوم الحكم لحقه هذا الولد لكان الفراش الأول
ويحمل على أنه وطئ قبل تفريق الحاكم إما قبل اللعان أو بعده لأن أحكام الزوجية
باقية بينهما حتى يحكم الحاكم ولم يصح نفي هذا الولد بحال من الأحوال . قال في
الكواكب والبيان : « بناء على أنها لم تقرر بانتضاء المدة » ، « أو بعد إقرارها وقبل
مضي ستة أشهر من إقرارها فيلحق بالزوج لأن فراشه باقٍ كما في الطلاق المائن » .
﴿ ويصح ﴾ من الزوج النفي ﴿ للحمل ﴾ حال الحمل ﴿ إن وضع ﴾ ذلك الحمل
﴿ لدون أدنى مدته ﴾ وهذا مع اللبس وأما إذا علم وجود الحمل صح النفي فإذا ولدت
لدون ستة أشهر من يوم النفي انكشف صحة ذلك النفي وإن وضعت لا كثر بطل النفي

وليس المراد أنه يشترط في لفظ النفي أن يقتصر بالشرط بل يصح منه النفي من غير شرط ولكنه في نفس الأمر مشروط بأن تضع لدون أدنى مدة الحمل ﴿لا اللعان﴾ فلا يصح ﴿قبل الوضع﴾ لا مطلقاً ولا مشروطاً بل يؤخر حتى تضع .

﴿ونذب﴾ في التحليف بعد كماله بالأربع الأيمان ﴿تأكيده﴾ بـ ﴿ليمين﴾ الخامسة التي ذكرها الله سبحانه حيث قال في حق الرجل « والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين » ، وقال في حق المرأة : « والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين » وإنما خص المرأة بالغضب لأن معصيتها إذا صحت فهي أغلظ فلو نكل عنها الرجل فلا حد عليه للذف أو نكلت عنها المرأة فلا حد عليها للزنى لأن اللعان قد تم بالأربع بل يحبس من نكل فقط حتى يقر أو يحلف . ﴿و﴾ التحليف يندب له ﴿القيام﴾ من الخالف فقط ﴿حاله وتجنب المسجد﴾ عند اللعان ويكره فيه والكره للتعزير .

باب الحضانة

﴿١٨٧﴾

هي بفتح الحاء مأخوذة من الحضن بكسرهما وهو مادون الإبط لفم المحضون إليه . وشرعاً حفظ من لا يستقل بأموره وتربيته بما يصلحه عند من هو أولى بذلك . والحضانة ثمانية شروط وهي : البلوغ ، والمقل ، والإسلام في الحضانة إذا كان الولد مسلماً لا إن كان كافراً فلا تبطل الحضانة ، والحرية ، والأمانة ، وأن تكون غير مزوجة ، وعدم النشوز ، وعدم العيوب المنفرة ، وقد جمعها الشاعر في بيتين فقال :

بلوغ ، وعقل راجح ، وأمانة وحرية ، والدين في ذاك معتبر

فراغ ، وبعد من نشوز يشينها وصحة جسم من عيوب ومن ضرر

واعلم أن ﴿الأم الحرة﴾ متى كانت جامعة للشروط فهي ﴿أولى بولدها﴾ الصغير في إرضاءه والقيام بما يصلحه إذا طالبت بذلك ولو كان الولد مملوكاً إذا عتقت بعد

وضمها وإن لم يكن فيها لبن لأنه غير شرط وإلما المعتبر القيام بما يصلحه فإن أسقطت حقها رباه غيرها إن قبله الطفل وإلا أجبرت على ذلك . وقوله الحررة احتراز من الأمة فلا حق لها في الحضانة لأنها مشغولة بخدمة المالك .

﴿ مسألة ﴾ والحاضنة أولى بالطفلة من زوجها حتى تصلح للاستمتاع ومتى صاحت وطلبها سلمت إليه حيث أمن عليها من فرط شهوته وليس للزوج نقلها حتى تبلغ ولا شيء عليه من أجره الحضانة . والولد ذكر أو أنثى أولى بحفظ أبيه من أبيهما إذا شاخا ولو لم يكونا عاجزين .

ومدة الحضانة للطفل ﴿ حتى يستغنى بنفسه أكلاً وشرباً ولباساً ونوماً ﴾ وغير ذلك مما يفعله العقلاء متى استغنى بنفسه في هذه الأمور فلا ولاية للحاضنة في الذكر . هذا مذهبننا سواء بلغ الطفل السنة السابعة فأكثر أم أقل فلا تحديد عندنا بالسنين لأنه قد يختلف حال الصبي في الذكاء والبلادة فمنهم من يكون ذكاًؤه كثيراً في صغر سنه ، ومنهم من يكون بليداً ، ويدخل في هذا الحد الصبي والمجنون ﴿ ثم ﴾ تنتقل الحضانة من الأم إذا كانت ميسرة مسقط إلى ﴿ أمهاتها ﴾ من قبل الأم على الترتيب أقربهن فأقربهن . فأمها أولى من جدتها ، ثم جدتها أولى ممن فوقها ، ثم التي فوقها كذلك ﴿ وإن علون ﴾ ولا حضانة لغيرهن مع وجودهن وعدم المسقط لحق الحضانة فيهن من النكاح وغيره على ما سيأتي إن شاء الله تعالى .

﴿ ثم ﴾ إذا لم يبق للولد من يستحق الحضانة من الأمهات لعدمن أو لعروض مانع أو امتنعت الموجودة منهن كان ﴿ الأب الحر ﴾ المؤمن أولى بحضانة ولده ذكر أو كان أنثى حراً أم عبداً وأجره حضنته على سيده ﴿ ثم الخالات ﴾ أولى من سائر القرابات بعد الأب والأمهات ، ﴿ ثم ﴾ بعد الخالات ﴿ أمهات الأب ﴾ من الطرفين ﴿ وإن علون ﴾ فالحق لمن بعد الخالات لثبوت الحق للأب فيثبت لأمهاته ، وأولاهن الجدة أم الأب ثم أمهاتها وإن علون ، ثم الجدات أمهات الأجداد من الأب على الترتيب

الأول فالأول ، وهذا معنى قولنا من الطرفين . فقد ثبت الحق لأمهات الأب من قبل أبيه ومن قبل أمه وإن تخللت أنثى . وتقدم أمهات الأب على أمهات أب الأب وسواء كانت أمهات الأب من قبل أبيه أم من قبل أمه .

﴿ ثم أمهات أب الأم ثم الأخوات ثم بنات الخالات ثم بنات الأخوات ثم بنات الأخوة ثم العمات ثم بناتهن ثم بنات العم ثم عمات الأب ثم بناتهن ثم بنات أعمام الأب ﴾ ومن آخر الدرج في باب الحضانة من النساء . قال في البيان : هذا إذا كان بنات أعمام الأب فوارغ فإن كن مزوجات رجع إليهن على هذا الترتيب . ولا ولاية لبنات بنات الخالات وبنات بنات الأخوات وبنات بنات الأخوة وبنات بنات العمات وبنات بنات العم وبنات بنات عمات الأب وبنات بنات أعمام الأب .

﴿ ويقدم ذو السببين ﴾ من هذه الأصناف المتقدمة على من أدلى بسبب واحد إلى المولود : فالخالة لأب وأم أولى من الخالة لأحدهما ، والأخت لأب وأم أولى من الأخت لأحدهما ، والعمة لأب وأم أولى من العمة لأحدهما ، وكذا بناتهن على هذا الترتيب ﴿ ثم ذو الأم ﴾ فالأخت لأم أولى من الأخت لأب ، وكذا سائرهن على هذا الترتيب : أما إذا كان للصبي أختان أو نحوهما مستويتان في الاستحقاق كانت حضانتها بالمهاياة إلا أن تضر بالصبي المهاياة عين الحاكم من يقوم به منهما .

﴿ وتنتقل ﴾ الحضانة ﴿ من كل ﴾ ممن تقدم ذكره ﴿ إلى من يليه ﴾ بأحد أمور خمسة : ﴿ الأول ﴾ بإهمال الطفل وترك حفظه أو بالعمى . ﴿ الثاني ﴾ ﴿ بالفسق ﴾ الطارىء لا الأصلي فلا ولاية لها رأساً ولا فرق عندنا بين فسق وفسق سواء كان بالزنى أو بغيره ولا فرق بين أن يبلغ الصبي حداً يلتقط فيه الكلام ويتخلق بأخلاق تلك الحاضنة أم لا . ﴿ و ﴾ ﴿ الثالث ﴾ ﴿ الجنون ونحوه ﴾ من المفترات كالجنون والبرص والبخر والجرب والسل ونحو ذلك . ﴿ و ﴾ ﴿ الرابع ﴾ ﴿ النشوز ﴾ عن الزوج فإنه يسقط حقها من حضانتها سواء كان ولدها منه أم من غيره حيث كان

النكاح لا يبطل حق الحضانة مثل زوجة الرحم وإلا فقد بطل حق الحضانة بمجرد النكاح ، وكذا من لها حق الحضانة فإنه يسقط حقها من الحضانة بالنشوز . وهذه الأربعة الأمور المتقدمة يعود حق الحضانة إلى الحاضنة بزوالها .

﴿ و ﴾ ﴿ الخامس ﴾ ﴿ النكاح ﴾ فإن المرأة إذا تزوجت سقط حقها من الحضانة ﴿ إلا ﴾ أن تزوج المرأة ﴿ بذى رحم ﴾ نسباً ﴿ له ﴾ أى للطفل فلا يسقط حقها من الحضانة وسواء كان الأب باقياً أم لا . قال ﴿ المؤيد بالله ﴾ وإذا سقطت الحضانة بمحصول أى الخمسة الأمور ﴿ و ﴾ جب أن ﴿ تعود ﴾ الحضانة ﴿ بزوالها ﴾ وهذا متفق عليه عندنا وعندنا في الأربعة الأول ، وأما الخامس وهو النكاح فعند المؤيد بالله وأكثر العلماء أنه إذا ارتفع النكاح بطلاق أو غيره ﴿ و ﴾ جب أن تعود الحضانة بعد ﴿ مضي عدة ﴾ الطلاق ﴿ الرجعى ﴾ وقالت الهدوية بمالك لا يعود حق الحضانة بارتفاع النكاح مطلقاً وهو المختار للمذهب .

﴿ فإن عدمن ﴾ الحواضن اللواتى من أحق بالحضانة والمبرة بعدمن وقت الحاجة للطفل ﴿ فالأقرب الأقرب من ﴾ الذكور ﴿ المصبة المحارم ﴾ أولى بالذكر والأنثى فالجد أب الأب أولى من الأخ لأب وأم والأخ لأب وأم أولى من الأخ لأب والعم لأب وأم أولى من العم لأب ﴿ ثم ﴾ إذا لم يوجد عصبية محرم فالأقرب ثم الأقرب ﴿ من ذوى الرحم المحارم ﴾ أولى بالذكر والأنثى فالأخ لأم أولى من الجد أبى الأم وأولى من الخال، والخال لأب وأم أولى من الخال لأم أو لأب .

﴿ ثم ﴾ إذا عدم المحارم من المصبات وذوى الأرحام فالأولى ﴿ بالذكر عصبية غير محرم ﴾ الأقرب فالأقرب . قال في البيان : وهم بنو العم وإن نزلوا ثم بنو أعمام الأب وإن نزلوا ثم بنو أعمام الجد وإن نزلوا . وأما الأنثى فلا حضانة تجب لهم فيها بل هم وسائر المسلمين على سواء في حقها فينصب الإمام أو الحاكم من يحضنها ﴿ ثم ﴾ إذا عدمت المصبات المحارم وغير المحارم وذوو الأرحام المحارم انتقلت الحضانة إلى من وجد

﴿ من ذوى رحم ﴾ غير محرم فيقدم ابن الخال وابن الخالة على بنى العمّة . وولايتهم
 ﴿ كذلك ﴾ أى هم أولى بالذكور دون الأنثى كالعصبات غير المحارم ، وإذا غاب وقت
 حاجة الطفل من هو أولى انتقلت الحضانة إلى من يليه من الحاضرين حتى يحضر
 لثلاثا يضيع الصبي ثم إلى ذى الولاية كالإمام والحاكم . قال فى البيان : « والنساء
 أولى بالحضانة على هذا الترتيب إذا كن فوارغ من الأزواج فإن لم توجد فيهن فارغة
 رجع إليهن على هذا الترتيب مزوجات » .

﴿ ١٨٨ ﴾ (فصل)

فى أحكام تتعلق بالحضانة . ﴿ و ﴾ يجوز ﴿ للأم ﴾ وغيرها من ذوى الحضانة
 ﴿ الامتناع ﴾ عن الحضانة وإرضاع الطفل وترك حقها فى حضانتها ﴿ إن قبل ﴾ الطفل
 ﴿ غيرها ﴾ وقبله غيرها ولو أجنبية أو أمة فإن امتنع من غيرها أو امتنع الغير وخشى
 على الطفل التلف أو الضرر صارت الحضانة حقاً للطفل فتجوز الأم أو من عليه
 الحضانة بأجرة المثل إن علمت وإلا فآراء الحاكم .
 ﴿ و ﴾ يجوز لذى الحضانة من أم أو غيرها ﴿ طلب الأجرة ﴾ على حضانة الطفل
 ﴿ لغير أيام اللبأ ﴾ ^(١) التى لا يعمش الطفل فى الغالب إلا بها من يوم إلى ثلاثة ، وهى

(١) وينبغى لكل والدّة أن لا يرضع ولداً أحد من المرضعات قبل أن ترضع ولداً لبأها
 لأنه نافع لها ينم عنها أوجاع عواقب الولادة ويلطف مزاجها بالكلية وبذلك التلطيف تسلم من
 جلة أمراض ويلزم أن يكون لبأ الأم أول غذاء يقع فى جوف الولد من الألبان لأنه لبن مصلى منه
 قليلاً يؤثر فى الطفل تأثير المسهل فيخرج منه المادة السوداء المعروفة فى اللغة بالقي يقال عقى الولد
 أى سقاء ما يسقط عقيه لأنها تكون متجمدة فى القناة الهضمية . أما لبن المرضعات فضرر بالطفل
 فى تلك الحال ولبأ والدته نافع كما عرفت ، فينبغى أيضاً نهى من يبادر من النساء المرضعات عقيب
 الولادة لإرضاعه غير أمه كما هو عادة النساء بصنفاً وعلى الرجال تعريف النساء بذلك والإسماعات
 اللازمة للطفل ولأمه عقيب الولادة وكيفية إرضاعه فى الأوقات المعلومة وترتيبه لينمو الطفل نمواً
 سناً متممناً يكامل الصحة والهناء : اهـ

من يوم يوجد اللباء لا من يوم الولادة وليس لها في مدة اللباء أجره حضائته وإرضاعه لأن مدة ذلك يسيرة لا تستحق عليها أجره في سبيل الواجب فأما إذا طلبت الأجرة لغير تلك الأيام وجبت على الأب ولو صغيرة مزوجة فإن لم يكن أو كان ولم يمكنه التكسب فن مال الطفل فإن لم يكن له مال فعلى من تلزمه نفقته في غير زوج الصغيرة. وقدر أجره الحضانة ما يراه الحاكم حيث لم يكن أجره مثل معلومة ﴿ما لم تبرع﴾ بخدمته وإرضاعه من غير أمر وليه وهو حاضر غير ممتنع فإنها لا تستحق أجره إلا إذا كان غائبا أو ممتنما وفلت ذلك بنية الرجوع بالأجرة وكذا ما أنفقت عليه ولا يعتبر أمر الحاكم في ذلك، ولا فرق عندنا في استحقاق الأم الأجرة على خدمة أو إرضاع ولدها بين أن تكون الزوجية باقية بينها وبين الأب أم لا .

﴿و﴾ يجوز ﴿للاب﴾ وكذا سائر الأولياء ﴿نقله﴾ أى نقل الولد من الأم ﴿إلى﴾ حاضنة غيرها بشرطين: أحدهما أن يكون ذلك الغير ﴿مثلا تربية﴾ للولد أى يفعل مثل فعلها في القيام به أو أحسن حسب ما يحتاج ، ولو لم تكن مثلها في الحفو عليه فمطلق الأم على ولدها لا يماثله عطف غيرها «الشرط الثاني» أن يحصل له ذلك ﴿بدون ما طلبت﴾ الأم أو من لها الحضانة من الأجرة ولا يكون تأجيل الأجرة كطلب الدون ﴿وللا﴾ تكن الحاضنة الأخرى مثل من لها الحق بل دونها في القيام بما يحتاجه الطفل أو مثلها لكن أجرتها مثل أجره الأولى أو أكثر أو استويا بكونها بلا أجره مبرا ﴿فلا﴾ يجوز له نقله إلى غير من الحق لها بل هي أقدم ﴿والبينة عليه﴾ في أن الحاضنة الأخرى مثل الأم في التربية وأن أجرتها دون ما طلبت الأم والبينة تكون على إقرار الأولى في الحضانة أنه قد وجد غيرها بأقل منها أجره لثلاث يحصل تواطؤ بين الولي والحاضنة الأخرى^(١) أو تكون البينة على الطرفين واحدة لثلاث تكون مركبة وهي محققة فلا يحتاج إلى يمين مؤكدة .

(١) تحرير العلامة محمد بن صلاح الفلكي اهـ .

﴿مسئلة﴾ قال في البيان: ومدة الرضاعة حولان فلا تجب الزيادة على الحولين إلا لحاجة الصبي ويجوز النقصان من الحولين مع رضاء الأب والأم معاً ما لم يضر بالصبي .

﴿وليس للزوج النع﴾ لزوجته الحاضنة لولدها منه أو من غيره ﴿من الحضانة﴾ لذلك الطفل ﴿حيث لا﴾ يكون للطفل حاضنة أخرى ﴿أولى منها﴾ فإذا كان له أولى منها فهي أحق به ﴿و﴾ الواجب ﴿على الحاضنة القيام بما يصلحه﴾ من غسل وتطيب ودهن وحفظ ونحو ذلك ﴿لا الأعيان﴾ التي هي الدهن والطيب والطعام والكسوة فلا يجب عليها وإنما هي على من يلزمه نفقته غير زوج الطفلة وعليها استعمالها له فيما يصلحه .

﴿و﴾ عقد إجارة الحضانة إنما يتناول خدمة الطفل في القيام بما يصلحه ﴿الرضاع يدخل﴾ في الإجارة ﴿تبعا﴾ للخدمة لأنه حق ﴿لا العكس﴾ فلا يصح وهو أن يعقد الإجارة على الرضاع وتدخل الخدمة تبعا وإنما لم يصح ذلك لأنه يؤدي إلى بيع اللبن في الثدي وذلك لا يصح . فإن ذكرنا معاً كانت الإجارة فاسدة وإن تميزت أجرة كل واحدة لأن العين - وهي المرأة - متحدة .

﴿وتضمن﴾ الحاضنة ﴿من مات بتفريطها﴾ وهي ﴿عالة﴾ أو ظانة أنه يموت بذلك التفريط فلو بعثت الأم بولدها قبل أن يرضع شيئا من اللبانات بذلك وهي عالة أو ظانة كانت نصف دينه في مالها والنصف الآخر على الحامل للطفل مع جهله أنه يموت بذلك وسواء أمرت الحامل بحمله فحمله أو تناولته بيدها . وقوله ﴿غالبا﴾ احتراز من صورة وهي أن تضع بين يديه شرابا يقتله ولو عالة فيتناوله ويشربه فيموت فدينه عليها تحمّلها العاقلة إن وجدت لأنه قتل خطأ وإلا فعليها .

﴿وإلا﴾ تكن الأم عالة أو ظانة بل كانت جاهلة أنه يموت إذا لم يرضع اللبن

(التاج المذهب - ١٨ - ن)

وكذا الحامل ﴿فعلی الماقلتين﴾ ضمان دية ذلك الطفل والكفارة تلزم كل واحد منهما وإن علم الحامل بأنه يموت بذلك ومات قتل به وعلى الأم نصف دية مع علمها كما تقدم .

﴿و﴾ يجوز ﴿لها نقله﴾ أى نقل الطفل ﴿إلى مقرها﴾ ترضعه هناك ، وأجرة نقله عليها وسواء كانت المسافة دون البريد أو فوقه وسواء كان بلدها مصر أم سواداً ، وسواء كان الذى وقع فيه عقد الحضانة أو غيره شرط عليه عدم إخراجه أم لا ما لم تقبل ذلك الشرط أو يكون فى مقرها سدم أو طاعون أو فساد البيئة فتغير طباعه أو أخلاقه فلا يجوز النقل . وقوله ﴿غالباً﴾ احتراز من أن يكون مقرها دار حرب أو دار فسق أو يخاف على الولد فيه أو تكون فيه غريبة ليست بين أهلها فليس لها أن تنقله إلا أن تنقله من دار الحرب إلى دار الإسلام جاز ولو كانت غريبة حيث لم يخش عليه فى دار الإسلام .

﴿والقول لها﴾ مما يليق به ﴿فيا عليه﴾ من الثياب وأنها لم تبدله سواء كان حراً أم عبداً ، إلا أن تكون عادة مثل هذا الصبي أنه لا يلبس مثل هذه الثياب فالبيئة عليها فى عدم الإبدال ويكون على إقرار الولي . ولا يتوهم أن مراد الأزهار أن القول لها أنها تملك ما على الصبي من الثياب ، فليس المراد ذلك ، إذ الصغير كالصغير فى ثبوت يده . وإلى هنا انتهت الحضانة ومن هنا تسمى :

﴿كفالة﴾

﴿فصل﴾

﴿١٨٩﴾

﴿ومتى استغنى﴾ الصبي ﴿بنفسه﴾ أكلا وشرباً ولباساً ونوماً كما مر ﴿فالأب﴾ حينئذ ﴿أولى بالذكر﴾ ليعلمه أمور دينه وأمر معيشتة من صناعة أو غيرها ويحسن تربيته ليتخلى بأخلاق الرجال فهو أخبر بذلك من أمه ، فيكون أولى بكفالته منها

إلى البلوغ وهو بعد البلوغ أولى بنفسه ﴿والأم﴾ الفارغة أولى ﴿بالأنثى﴾ إلى البلوغ ولو كانت المكفولة مزوجة فتسلم إلى زوجها إذا طلبها للاستمتاع مهما كانت صالحة وأمن عليها من فرط شهوته، ثم تماد إلى أمها لتربيتها وتعليمها ما تحتاج إليه من أمور يديتها من صناعة الطعام والفزل والتطريز وتدبير المنزل ونحو ذلك مما تحتاج إليه النساء ولتتخلق بأخلاقهن على حسب الحال إلى البلوغ الشرعى. ولا ولاية لغير الأم من الحواضن بعد استقلال الطفلة مع وجود الأب .

﴿و﴾ الأم الفارغة أيضاً أولى ﴿بهما﴾ أى بالذكر والأنثى مما بعد استقلالهما ﴿حيث لا أب﴾ لهما موجود بل قد مات أو غاب غيبة منقطعة ، وحدّهما ما يتضرر الغلام بدون كفالة إلى وصوله، وكذا إذا خفى مكانه، والأب أولى بهما حيث لا أم موجودة أو كانت متزوجة .

﴿فإن تزوجت﴾ الأم غير محرم للطفلة ﴿فن يليها﴾ من الحواضن الفارغات حيث لا أب فأم الأم ما علت ثم على التدرج الذى مرّ ﴿فإن تزوجن﴾ الحواضن جميعاً أو حصل مانع من كفالتهم ﴿خير﴾ الولد ذكر أكان أو أنثى ﴿بين الأم﴾ المتزوجة ﴿والعصبة﴾ للولد من المحارم مطلقاً ، وغيرهم فى الذكر فن اختاره كان أولى بكفالاته فإن اخيراً أو لم يختار أحداً عين الحاكم الأصلى له .

﴿و﴾ إذا خير الولد بين أمه وعصبته فاختر أحدهما ثم اختار الآخر فإنه ينتقل إلى من اختار ثانياً وثالثاً رابعاً وإن كثر تردده لأن الاختيار يتجدد له كل وقت .

﴿مسئلة﴾ وللمكفلة المأمون عليها سمواً كانت بكرأ أم ثيباً أن تقف حيث شاءت إلا لخوف المفسدة^(١) عليها أو تغير المروءة والأصالة فتحصل الوضاعة والدناءة عليها أو على أهلها أو الفضاضة عليهم فلا يبيها وعمها وخالها وسائر المحارم بل وسائر

(١) وكذا الذكر إذا خف عليه فالحكم ما ذكرناه .

المسلمين من باب النهي عن المنكر - منعها ولو بتأديب يمنعها عن التصير إلى غير أهلها ويختار لها الأصلح بنظر الإمام أو الحاكم، فإن خيف عليها من قرابتها عدلت بنظر الحاكم عند ثقة من النساء وأجرة الثقة من مالها فإن لم يكن لها مال فن المنفق، فإن لم يكن فن بيت المال .

﴿ ١٩٠ ﴾ (باب النفقات)

جمع نفقة، مشتقة من الإنفاق وهو الإخراج. وأسباب وجوبها ثلاثة: ملك النكاح، وقرابة النسب، وملك الأرقاء والبهائم ونحوها. وهو خوف التلف على الغير .

﴿ فصل ﴾

تجب النفقة ﴿ على الزوج ﴾ أو سيده إذا كان عبداً تزوج بإذنه أو ولى مال الزوج غير المكلف ﴿ كيف كان ﴾ أى ولو كان الزوج حراً أو مجنوناً، ولو زوج لغير مصلحة ﴿ لزوجته ﴾ من يوم العقد ﴿ كيف كانت ﴾ أى سواء كانت كبيرة ولو شبيخة ، أم صغيرة صالحة للجناح أم لا ، دخل بها أم لا ، حيث لم يطلب ولا امتنعت ، سليمة من العيب أم معيبة كالرتق والجنون ونحوهما ولم يفسخ، حرة كانت أم أمة وسلمت تسليماً مستداماً يوماً وليلة فما فوق ، مسلمة أم ذمية مع ذى أو مع مسلم عند من يجزئ نكاح الكتابيات، وتجب لها نفقة سفر حيث أحرمت بحجة الإسلام ولو بغير إذنه أو نفلاً بإذنه : فإن نفقتها واجبة في ذلك كله على الزوج .

﴿ والمعتدة ﴾ تجب لها النفقة وتوابعها كالباقية تحت زوجها، وسواء كانت معتدة ﴿ عن موت ﴾ قبل الدخول أم بعهده ﴿ أو ﴾ عن ﴿ طلاق ﴾ بعد دخول لا بعد خلوة فقط ﴿ أو ﴾ كانت العدة عن ﴿ فسخ ﴾ بميب فيه أو فساد عقد فإن النفقة تجب في العدة ﴿ إلا ﴾ أن يكون ذلك الفسخ ﴿ بحكم ﴾ حاكم نحو فسخ العقد الفاسد بحكم

وفسخ اللعان وفسخ العيب مع التشاجر وكان هو الفاسخ لها، فإذا كان الفسخ بحكم فلا نفقة لها في المدة على الزوج ﴿غالباً﴾ احترازاً من بعض الصور فإن الفسخ يكون بالحكم وتلزم النفقة وذلك كالصغيرة إذا بلغت وفسخت النكاح واحتاجت إلى الحكم لأجل التشاجر، لا الصغير إذا فسخ عند بلوغه فلا شيء عليه، وكذا الأمة إذا عتقت واختارت الفسخ واحتاجت إلى الحكم لأجل التشاجر، وكذا الفاسخة بعيب الزوج سواء كان العيب قبل العقد أم بعده إذا احتاجت إلى حكم، وكذا الحرة إذا نكحت على الأمة وفسخت واحتاجت إلى حكم. وكان بعد الدخول فإن المعتدة من أى هذه الصور تجب لها النفقة ولو مع الحكم.

﴿أو﴾ كان الفسخ ﴿لأمر يقتضى النشوز﴾ من المرأة فإنها لا تستحق نفقة في المدة، وذلك الأمر إما ﴿ذنب أو عيب﴾ فالذنب نحو أن ترضع ضرتها وهي لا تخشى عليها الهلاك أو علمت الإنفاساخ بذلك ولو مع الخشية، وكذا نحو أن ترد عن الإسلام والزوج باق، أو يسلم الزوج أو أحد أبويه وهو صغير وتبقى على الكفر وهي بالغة عاقلة فقد وقع الفسخ لأمر يقتضى النشوز من المرأة فلا نفقة لها في المدة. أما إذا أسلم زوجها وهي صغيرة أو مجنونة فلا تسقط النفقة لعدم النشوز منها، وكذا لو ارتد الزوج وبقيت هي على الإسلام أو أسلمت هي وبقي على الكفر فإنها لا تسقط نفقتها في الوجهين . .
وأما العيب فنحو أن يفسخها الزوج بعد الدخول بأحد العيوب المتقدمة في فصل «١٥٠» أو كل واحد فسخ صاحبه في حالة واحدة فإن ذلك يتضمن النشوز فلا نفقة لها منه في المدة بخلاف ما لو فسخته بعيبه فإن الفسخ هنا لا يتضمن النشوز فتستحق النفقة وسواء كان الفسخ بالحكم أم بالتراضي .

﴿فرع﴾ قال في البيان: وإذا أسلمت النامية وأسلم زوجها وادعت أنها المتقدمة لثلا تسقط نفقتها وقال بل هو المتقدم فالقول قولها لأن الأصل وجوب نفقتها .
نعم، والواجب للزوجة والمعدة مطلقاً ثلاثة أنواع :

﴿الاول﴾ ﴿كفايتها﴾ قوام بدن مما تحتاج إليه ﴿كسوة﴾ وفراشا لها بحسب حالها مما ﴿ونفقة﴾ لها ما يشبعها ولو كثر أكلها صغيرة كانت أم كبيرة ، ويدخل في ذلك الفاكهة والقهوة وغيرها مما جرت به العادة ﴿و﴾ تجب كفايتها ﴿إداما﴾ للطعام على حسب المعتاد جنسا ووقتا ﴿و﴾ يجب عليه أن يشتري لها ﴿دواء﴾ بإرشاد وأجرته إذا مرضت .

﴿و﴾ تجب كفايتها ﴿عشرة دهنًا﴾ لحاجة بدنها ومصباحها للزينة ﴿ومشطا﴾ إذا كان للتنظيف وأجرة الحمام إذا كانت تعتاده ولا منكر . أو لعة ولو لم تسكن معتاده ﴿وسدرا﴾ أو صابونا على حسب المعتاد ﴿وماء﴾ وهو ما تحتاجه للشرب وتنظيف بدنها وثيابها ونحو ذلك لاماء الصلاة وغسل الجنابة والحيض فلا يجب على الطبيب الزوج وكذا ثوب الصلاة .

﴿والنوع الثاني﴾ يجب للزوجة التي تحت الزوج ﴿ولغير البائنة^(١) ونحوها﴾ وهي المتوفى عنها والفسوخة فلا يجب لهن ما يأتي . ويجب على الزوج أن يحصل للزوجة المطلقة رجما ﴿منزلا﴾ للنوم والوقوف فيه ﴿ومخرانا﴾ لحفظ متاعها « ومطبخا^(٢) » لصنع ما تحتاجه من حاجاتها لأن الأواني فيه تنفق ، ﴿ومشقة﴾ أي صرحا تضربه الشمس فهذه الأربعة يجب أن تنفرد بها المرأة إذا طلبت ذلك لا يشاركها فيها أحد من النساء وغيرهن ولو زوجها ، وأما الحشر والغسل والمصلي فيجوز الاشتراك فيها ، وهذا الذي تنفرد به ليس يحتم بل يختلف باختلاف البلدان وعاداتها فتعتبر العادة كدائر إن كانت في مدينة أو منزلين إن كانت في البادية منزل للنوم ومنزل لعمل المعيشة وهو المطبخ وإن كانت من أهل الخيام فبيت من بيوته ، ويجب من الماعون ما تصلح به المعيشة كالقصعة والقدر والمغرفة والجرة والموقد ونحو

(١) الأولى أن يقال « وللزوجة والرجعية » لأنه أقرب إلى فهمه اه حاشية السحولى .

(٢) تقرير سلطان العلماء القاضى عبد الله الدوارى اه

ذلك مما محتاجه. وهذه الأواني تبقى على ملك الزوج وتضمن منها ما جفت عليه ، ولا لزوم لهذه الأواني إلا حيث رضيت بالعمل وإلا فالواجب طعام مصنوع مالم تنضرب به وجب لها طعام غير مصنوع .

﴿ و ﴾ ﴿ النوع الثالث ﴾ مما يجب للزوجة والمعدة ولو بائناً ﴿ الإخدام ﴾ إذا احتاجت إلى ذلك لمرض أو نحوه أو اعتادته في غير مرض مثل ﴿ التنظيف ﴾ لبسها ورأسها وثيابها وكانت لا تخدم نفسها في العادة .

﴿ واعلم ﴾ أن الكسوة والنفقة وتواضعها والعشرة والسكنى والإخدام للزوجة ولوامة يكون قدرها وصفتها ﴿ بحسب حالها ﴾ في اليسار والإعسار لقول الله تعالى « على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ^(١) » ، والمقتر المقل ، أما الكسوة فيجب لها ما جرت به عادة مثلها من مثله قدره وصفته ، ويمتدح الوسط في ذلك على ما جرى به العرف في البلد ويريد لها جودة وعدداً لو كان لثملها كسوة بذلة وكسوة عليها للتجمل ونحو ذلك من ثياب التهئنة والتعزية حسب العادة وجب لها مثلها . وقد تختلف الكسوة باختلاف الزمان كالشتاء والصيف وباختلاف المكان كالتهاشم والجبيل . وكذا الفراش ووقاء الليل حكمه كالكسوة في جودته وتنوعه وصفته ومناسبته للزمان والمكان واليسار والإعسار والمادة .

وأما النفقة فلا تقدير فيها بل يرجع إلى رأى الإمام أو حاكمه بحسب اليسار والإعسار والزمان والمكان وكبر المرأة وصغرها ولو كثيراً كلها فالواجب شبعها مما يراه الحاكم وما تمتاده من فاكهة وقهوة ونحوها .

وأما الادام فيعتبر كل بعادته وبلده في أعلاه وأدناه وتنوعه واستمراره على الدوام وانقطاعه في وقت دون وقت على ما يراه الحاكم موافقاً للعادة على اختلاف البلدان

(١) الآية عدد « ٢٣٦ » من سورة البقرة اهـ .

والأمصار كالزيت والسليط والسمن واللحم واللبن والخضراوات وغير ذلك على حسب المألوف لديهم .

وأما السكنى فعلى قدر حالها وما جرى به العرف في البلد كما تقدم . . . وأما الإخداع فإن كانت ذات خدم فعليه أجره خادم أو أكثر على ما تعتاده الكبيرة قبل الزواج وإن كانت صغيرة اعتبر بمادة أهلها في الخدمة ويكون الخادم امرأة أو ممن يجوز لها النظر إليه، ولو طلب أن يخدمها لم يجب القبول لأنها تحتشم منه كما لا يجب عليه أن يقبل إذا طلبت منه أجره خادم وتخدم نفسها لأن له حقا في بدنها فإن كانت ممن يخدم نفسها فلا يجب عليه إقامة من يخدمها إلا لزماته أو مرض لزم ذلك فإن اختلفا في تعيين الخادم فله الاختيار في الابتداء لأن الحق عليه ولأنه يتهم من تختاره وليس له تحويله أو تبديله بدون رضاها إلا لعذر كأن يعتق الخادم أو ظهرت ريبة أو خيانة فله الإبدال .

﴿فإن اختلفا﴾ بأن كان أحدهما غنياً والآخر فقيراً أو كان أحدهما يؤسر في وقت مخصوص والآخر يمسر في ذلك الوقت، أو كانت بلد أحدهما أكثر رخاء من بلد الآخر ﴿فبحاله﴾ أي فالعبرة بحال الزوج ﴿يسراً وعسراً ووقتاً﴾ ولعبرة بحالها في ذلك فإن كان غنياً فنفقة غنية ولو كانت فقيرة، وإن كان فقيراً فنفقة فقيرة ولو كانت غنية فيعتبر بحاله لقوله تعالى « على الموسع قدره وعلى المقتر قدره » . ﴿و﴾ العبرة بحاله أيضاً ﴿بلداً﴾ وهذا إذا كان يجمعهما بلد واحد، أما لو كان كل من الزوجين في بلد فالعبرة ببلد الزوجة .

﴿مسئلة﴾ والخيار للزوجة في النفقة فإن طلبت طعامها مصنوعاً لزم الزوج ذلك مع إدامه وإن طلبته غير مصنوع لزم الزوج ذلك مع إدامه ومؤنته من حطب وماء وأجرة طحن وخبز ، وهذه الأشياء اللازمة للزوجة من النفقة لا يقدر منها شيء بالدرهم ، وإنما هي أعيان لازمة للزوجة بأنفسها، وفائدة ذلك لو مطلبها في وقت غلا أو

في رخص فالعبرة بوقت المطل، فإن كانت طالبته بالطعام المصنوع فالواجب عليه القيمة وإن طالبته بطعام غير مصنوع فالثلث .

﴿إلا الممتدة عن خلوة﴾ أي التي خلا بها زوجها ولو لم يدخل بها فلزمتها العدة لطلاق أو فسخ فلا تجب لها نفقة العدة ما لم تكن المسدة عن وفاة فتجب النفقة والكسوة . ﴿و﴾ إلا ﴿العاصية^(١)﴾ لله تعالى بمعصية زوجها ﴿بنشوز﴾ منها عليه سواء كانت في حال الزوجية أم في حال العدة فإنها تسقط نفقتها والمراد بالنشوز خروجها عن طاعته فيما يجب له عليها ولو في أمر دون أمر ولو سلمت تسليماً مستداماً وخرجت من بيته بغير إذنه وهو يكره خروجها فهي عاصية بنشوزها، أو قالت لا أسلم نفسي إلا في هذا المكان أو بشرط أن لا تكشف ثيابي فنشوز مسقط. فإن لم تكن عاصية كالصغيرة والمجنونة والمحبوسة بحق أو بغير حق ولم يمكنها التخلص لم تسقط النفقة، فإن امتنع أهلها من تسليمها إلى زوجها وهي كارهة لامتناعهم فحقوقها على الزوج مع عدم النشوز منها ويأتعون ولا يرجعون عليهم بشيء من الفرم، فإن كانت ناشزة فلا حق لها على الزوج ولا على قريبها المومر لأنها السبب في إسقاط نفقتها بأمر هي متعدية^(٢) فيه إذا كان النشوز ﴿له قسط﴾ من قيمة النفقة ونحوها

(١) ومن اختيارات إمام زماننا أيده الله أن الزوجة إذا أصرت على عصيان زوجها وأبت البقاء في بيته أو امتثال ما يجب عليها له فإنه يلزم النظر إلى الباعث لها على ذلك فإن كان لا عن إضرار من الزوج، ولا تفتير في الإنفاق، ولا سوء في الأخلاق فإنه حيثئذ لا يقتصر في عقابها على إسقاط نفقتها بل يجوز حبسها وذلك من قبيل التأديب لا ارتكابه من العصيان الذي لا مبرر لها عليه إلا أنها لا تعبس إلا إذا عرف أن غير الحبس لا ينجم في تعديل المرأة بإرجاعها إلى أحضان زوجها سامعة مطيعة مثقلة لا يجب عليها، وكذا وليها يجوز حبسه إذا كان مقتدرًا على إخضاعها وله سلطان عليها ولم يرقم بذلك بل تساهل، لا لو كان الولي مسلوب القدرة عاجزاً فلا وجه لحبسه ويكون النظر في هذا المقام موكولاً إلى الحاكم اهـ .

(٢) فلو كان عادة أهلها أو بلدها أن لا تعود بعد نشوزها إلا إذا أتى الزوج بنى جاء يتوجه في رجوعها فالواجب عليها التوبة والرجوع إلى بيت زوجها بدون ذلك وإلا فهي ناشزة .

في القيمي أو لا يتساقط بمثله في المثل فالنقد أو العشاء مقابل الليل والنهار فإذا نشزت ست ساعات في الليل والنهار سقط من نفقتها ربع الغداء والعشاء . فأما لو نشزت ساعة ثم تابت فوراً برجعها إلى بيت الزوج لم يسقط شيء من النفقة إذا كانت نفقة الساعة ما لا قيمة له في القيمي أو ما يتسامح بمثله في المثل .

﴿ و ﴾ إذا سقطت النفقة لنشوزها ثم تابت فإنه ﴿ يمود ﴾ وجوب النفقة وغيرها في ﴿ المستقبل بالتوبة ﴾ وهي الرجوع إلى طاعته أو بيته لانهقة المدة التي نشزت فيها فقد سقطت ولا تعود بالتوبة ﴿ ولو ﴾ كان النشوز والتوبة ﴿ في عدة ﴾ الطلاق ﴿ البائن ﴾ والنشوز فيه . أما أذيتة بقول أو فعل أو بالخروج من موضع المدة بغير إذنه ^(١) ، والتوبة بعودها إليه أو بتركها أذيتة فتستحق النفقة في المستقبل من المدة بعد التوبة ولو كان الزوج غائباً يوم النشوز ويوم التوبة وتشهد على التوبة ، والتوبة في عدة الرجعي بعودها إلى بيت زوجها .

﴿ ولا يسقط ﴾ عنه ما استحقته من النفقة ونحوها في الزمان ﴿ الماضي بالمطل ﴾ لما وسواء كان الحاكم قد فرض لها أم لا ﴿ ولا ﴾ يسقط عنه نفقة ﴿ المستقبل بالإبراء ﴾ لأنه إبراء من الحق قبل ثبوته بخلاف الماضي منها فإنه يسقط بالإبراء لأنها قد استحقته ﴿ بل ﴾ لو عجل لها نفقة شهر أو سنة أو نحو ذلك سقطت عنه ﴿ بالتعجيل ﴾ نفقة تلك المدة ولو فأت عليها بعد قبضها بأي وجوه الفوات فقد رى من ذلك .

﴿ ولا يطلب ﴾ التعجيل لنفقة المستقبل لأنها لم تجب إلا شيئاً فشيئاً فيلزم الزوج تسليم قوت اليوم في الوقت الذي يصلح له على العرف لا لما بعد فلا يجب وليس للحاكم إجباره وللحاكم إرشاده بتسليم نفقة الأسبوع من وجدها لدفع المشقة والمضرة ﴿ إلا من ﴾ زوج أو نحوه كسيد العبد أو ولي لزوج غير مكلف إذا كان الزوج أو

(١) وإذا أذن لم تسقط نفقتها مع أنه يجوز لها الخروج بإذنه لأن الحق لله تعالى اهـ .

نحوه ﴿مرید الغيبة﴾ في سفر ولم یسلم لها نفقة لمدة غيبته ولا ترك مالا في بلدها إذا احتاجت أنفق عليها الحاكم منه أو ترك مالا لا يمكن بيعه أو الإنفاق منه لتغلب القرابة أو غيرهم عليها فلها أن تطالبه بالنفقة مدة الغيبة ، أو بكفيل فإن حصل الكفيل لم يجب التعجيل فيصح الرجوع من الكفيل في المستقبل « فأما إذا غاب وله مال باق يتيسر لها الإنفاق منه فليس لها أن تطالبه بالتعجيل لأنها لا تجب إلا يوما فيوما ، فإن عرف بالتمرد ولو كان حاضراً فلها أن تطالبه بالتعجيل أو بالكفيل وللحاكم إجباره .

والكفالة بنفقة المستقبل تصح مع أنه لاحق لازم ﴿في حال﴾ الطلب إلا أنها من الضمان بما سيثبت كما سيأتي في الكفالة أوائل فصل «٣٨٨»

﴿وهو﴾ أي تعجيل نفقة المستقبل للزوجة ﴿عليك﴾ لها ﴿في النفقة﴾ مع القبض أو التخليصة مع الرضى أو أمر الحاكم فتملكة بذلك وتتصرف فيه ببيع أو نحوه وليس للزوج أن يسترده ولأن ترجع له مازاد على النفقة سواء سلمه عللاً بزيادته أو جاهلاً فقد ملكته في مقابلة نفقتها في المدة المقدرة ﴿غالبا﴾ احترازاً من مسائل فإنه يلزم في أيها رد ما فضل من النفقة المعجلة إليها لمدة مستقبلية وهي إما « لفوت غرض » كأن تبدل نفقتها المالية الموجبة لنمو بدنها بدونها في التغذية كالبر بالشعير فتضمن له ما بين قيمتي البر والشعير لأن له حقاً في نمو بدنها « أو لبطلان سبب » وجوب النفقة « كنشوز أو موت » فترد حصته مدة النشور ولا تستنفقه في المستقبل إلا بإذن الزوج فإن ماتت هي قبل انقضاء المدة ردّ ورثتها حصة ما بقي من المدة أو عوضها من تركتها إذا تلفت ولو بغير تقريط لأن المجل بعد قبضها قد صار كالدين عليها . وإن مات الزوج وفي المدة ما يزيد على مدة العدة فإنها ترد لورثته من النفقة حصة الزائد على مدة العدة وعلى ميراثها منه إن كان مما قسمته إفرار .

﴿لا﴾ تعجيل ﴿الكسوة﴾ للزوجة فلا تملكها لأنها سُلّمت إليها للانتفاع

لا للاستهلاك فهي باقية على ملك الزوج وتضمن ما جنت عليه أو فرطت فلو ضاعت
لزمت لها الكسوة وعليها قيمة ماضع لأنه تفريط ، وإذا بقيت الكسوة على المدة
المقدرة لها لم يلزمه أن يكسوها حتى تبلى فإن بقيت لترك لباسها أو لصيانتها بثياب
منها كانت هذه لها بعد المدة المقدرة وتطلب كسوة المستقبل فإن ادعى أن بقاءها
لقوتها أو لصيانة في اللبس واللبس ثياب منه أخر فالقول قوله ولم يلزمه أن يكسوها
حتى تبلى أو تحصى مدة مثلها تبلى فيها حسب العرف .

﴿ فرع ﴾ وإذا انقضت عدة الزوجة فعليها رد ما بقي معها من الكسوة للزوج
أو وارثه ، وكذا الأخلاق التي تبقى من الكسوة الأولى عند تسليم الكسوة الأخرى
لأنها باقية على ملك الزوج فيلزمها ردّها ولا عبرة بالعرف لو جرى في عدم رد
الأخلاق منها .

﴿ ولا ﴾ تسقط النفقة عن الزوج ﴿ بتبرع الغير ﴾ بإفناقها وحقيقة التبرع هو
الإفناق على الغير بغير أمره ﴿ إلا ﴾ أن يتبرع الغير ﴿ عنه ﴾ أى ينوى ذلك الإفناق
عن الزوج فإنها حينئذ تسقط عن الزوج ويقبل قوله أنه عن الزوج وسواء كانت هي
المنفقة نفسها بنية التبرع عنه أو ولي الصغيرة أو غيرها ﴿ و ﴾ المنفق بنية التبرع
عن الزوج ﴿ لا رجوع ﴾ له على الزوج ولا على الزوجة بما أنفق ولو كانت هي المتبرعة
عنه فأما إذا تبرع المنفق لا عن الزوج نظر ، فإن كانت هي المتبرعة لا عنه رجعت على
الزوج ولو كان حاضراً غير متمرد سواء نوت الرجوع أم لا نية لها وإن كان المتبرع
غيرها لا عنه فلها أن ترجع على الزوج لعدم تبرع الغير عنه ولا يرجع هذا الغير على
الزوج إلا بإذنها يطالب الزوج عنها ، وأما الغير فإن كان أباح لها لم يرجع ولا بد من
لفظ الإباحة وإلا رجع عليها لأن الأصل في الأعيان العوض ولو إنفاقاً وإن كان
المنفق ولياً وهي صغيرة أو حاكماً سواء كانت صغيرة أم كبيرة بأمرها رجع عليها
بعد البلوغ وقبله على مالها وهذا إن نوى الرجوع وإن نوى التبرع عن الزوج لم

يرجع على أيهما ولا هي عليه ، أما عدم رجوع الولي على الزوج فلمدم الإذن له بالإتفاق عنه ولا عليها لكونه قد تبرع عن الزوج ولا هي على الزوج لتبرع الغير عنه ، وإن لم ينو الولي التبرع عن الزوج ولا الرجوع : عليها فليس الرجوع على الزوج بل عليها لأن الأصل في الأعيان العوض وهي ترجع على زوجها لعدم تبرع الغير عنه وإن نوى الرجوع على الزوج فبأمر الحاكم لفنية الزوج عن وقت الحاجة أو تمرده يرجع عليه ولغير أمر الحاكم لا رجوع إذا لا ولاية له على الزوج ولا ترجع هي أيضاً على الزوج لأن ذلك كالتبرع عنه .

﴿ و ﴾ إذا غلب الزوج أو تمرّد عن إتفاق زوجته فإنه ﴿ ينفق ﴾ عليها ﴿ الحاكم من مال ﴾ ذلك ﴿ الغائب ﴾ قدر ما تحتاج إليه مدة غيبته ﴿ مكفلاً ﴾ ^(١) أى يطلب منها كفيلاً أو رهناً إذا انكشف خلاف ما ادعت ، ولا يجب الكفيل إذا غلب في ظن الحاكم صدقها لأن ذلك موكول إلى نظره . وحدّ الغيبة في النفقات ما يتضرر من هي له وقت حاجتها ولو كانت دون البريد وإنما يأخذ الحاكم من ماله بعد أن ينصب وكيلاً عن الزوج يسمع دعواها وينكرها ثم تحلف هي أنها تستحق ذلك عليه ، فإن نكلت لم تُعط شيئاً ، وإذا انكشف أنها لا تستحق ما أخذته لاستيفائها نفقتها فما باعه الحاكم من مال الزوج غير نافذ ولزمها والكفيل إرجاع ما أخذت .

﴿ و ﴾ ينفقها الحاكم أيضاً من مال الزوج ﴿ المتمرد ﴾ عن الإتفاق عليها ولو حاضراً فيأخذ من دراهمه ودنانيره قدر ما يجب لها عليه ويبيع عليه المروض من دور أو ضياع أو غيرها وله أن يأخذ من دين الزوج الذي على الغير وينفق على زوجته وله أن يستدين عنه وعن الغائب . وليس للحاكم أن يبيع عليه ما يستثنى للمفلس ، ويلزم الزوج المقل نفقة زوجته بأى وجه أمكنه من تكسب بإجارة فيما يليق به وغير متمتع

(١) وإذا لم يتم الكفيل مع الإمكان وعدم ظن صدقها فإنها لا تستحق شيئاً من النفقة اه .

فوق المعتاد أو مسئلة أو استدانة ﴿وبحسبه﴾ الحاكم إذا طلبت منه حبسه ﴿للتكسب﴾
إن امتنع منه لطلب النفقة المستقبلية لا الماضية فهي كسائر الديون في ذمته لإعساره
فلا يجبر فيها للتكسب .

﴿ولا﴾ يجوز له ﴿فسخ﴾ النكاح بينهما عندنا لعدم الاتفاق سواء كان لغيرته
أو لثمرته أو لإعساره أو لعدم تكسبه إلا إذا سهل عنه التكسب وتعدّر إجباره فللحاكم
أن يفرق بينه وبين مداناتها فإن كان عاجزاً عن التكسب فلا يفرق بينهما ويلزمها أن
تتمكن من الوطء ونفقتها في ذمته ﴿ولا﴾ يجوز لها أن ﴿تتنع منه﴾ في حال حبسه
﴿مع الخلوة﴾ بها وإلا كانت ناشزة ﴿إلا﴾ أن تمتنع ﴿لمصلحة﴾ يراها الحاكم بأن
يغلب في ظنه أو ظنها أو بغير أمر الحاكم أنه مع موافقتها إياه يستمر على التردد وعدم
الإتفاق جاز لها أن تمتنع من مداناته، وكذا إذا لم يمكن الخلوة في الحبس فلها الامتناع
أو قصد مضارتها ، ولها أن تحلف ما طلبها مضارة لها .

﴿و﴾ إذا اختلف الزوجان في العشرة والنفقة وغير ذلك وضمت الزوجة
عند عدلة من النساء أو عدل من المحارم بمد أن يحلف المدعى منهما ما قصد بدعواه
إضرار صاحبه، ويكون ﴿القول لمن صدقته﴾ تلك ﴿العدلة﴾ أو العدل منهما ﴿في
العشرة والنفقة﴾ أو في غيرها ولا تقبل شهادة العدلة لأن فيها تقرير قولها، ويحلف
من القول له والبيئة على الآخر ويجوز للعدلة أن تقف عندهما في حالة الجماع على جهة
الخفية منهما بحيث ترى ولا ترى إذا ادعت الزوجة أنه معاشرها غير معاشر الأزواج
في الجماع أو يطأها في غير الموضع المعتاد . ﴿و﴾ هذه العدلة يجب ﴿نفقتها﴾ أي
أجرتها وجميع ما تحتاج إليه ﴿على الطالب﴾ فإن طلبها الزوج كانت عليه وإن طلبتها
الزوجة كانت عليها، فإن كان الطلب منهما أو من الحاكم كانت على الزوجين معاً .

﴿و﴾ القول ﴿للمطبعة﴾ حال التداعي ﴿في نفق النشوز الماضي وقدره﴾ فإذا
كانت الزوجة مطبعة للزوج في الحال وادعى عليها أنها كانت ناشزة فأنكرت ذلك

أو أقرت واختلعا في قدر مدة النشوز فالقول قولها في نفيه بالمرة إن أنكرته وفي قدره إن أقرت به واختلعا في مدته: مثال ذلك أن تقول: نشزت أول رجب ورجعت آخره وكانت دعواها في رمضان، وقال بل رجعت آخر شعبان فالقول قولها لما كانت مطيعة في الحال، فإذا كانت عاصية في الحال فالقول قول الزوج .

﴿و﴾ إذا كانت الزوجة حال التداعي ﴿في غير بيته﴾ بل في بيتها أو بيت أهلها أو في غيرها ﴿بإذنه﴾^(١) أو بإذن الشرع لمرض أو خوف عليها أو على أبويها العاجزين وأنكرت إنفاقه عليها مدة ما هي في غير بيته فالقول قولها ﴿في﴾ عدم ﴿الإنفاق﴾ لأن الظاهر معها. وهذا في حق الكبيرة لا الصغيرة فالقول قول الولي ولو في غير بيته بنير إذنه لأنه عصيان منها. وأما إذا كانت في بيت الزوج فالقول قوله فيما مضى وعليها البينة لأن الظاهر معه أنه منفق عليها وسواء كانت صغيرة أم كبيرة عاقلة أم مجنونة ، والبينة تكون منها على إقرار الزوج أنه ما أنفق أو على أنها لازماها المدة التي ادعت أنه ما أنفق عليها فيها ونفقتها جارية من غير زوجها ، وأما إذا كان البيت لها معا غير مقسوم فالقول قوله إنه منفق لأنه يصدق عليه أنها في بيته وإن كانت حصة كل واحد مميزة فكما لو اختلف البيتان فإن كانت في حصتها فالقول لها ، وإن كانت في حصته فالقول له . ﴿قيل﴾ وهذا القول ذكره أبو طالب وهو موافق للمذهب ﴿و﴾ هو أنه يقبل قول ﴿مطلقة ومغيبية﴾ وغيرها في دعوى عدم الإنفاق في الحال والمستقبل ﴿وتحلف﴾ على ذلك وسواء كانت في بيته أو في غيره ، وإن كانت الدعوى في نفقة الماضي فلا هل المذهب التفصيل السابق وهو إن كانت في بيته فالقول قوله وإن كانت في بيتها أو بيت أهلها أو في غيرها بإذنه أو بإذن الشرع فالقول قولها مع بينتها وعليه البينة ، وإن كانت في بيت غيره بنير إذنه فالقول قوله وعليها البينة .

(١) فإن اختلفا في إذنه فالقول قوله لأن الأصل عدم الإذن اهـ بيان .

﴿١٩١﴾ (فصل)

في نفقة الأقارب ، والأرقاء ، والبهائم . وسد الرمق ، وإنفاق الشريك وكل عين لغيره في يده بإذن الشرع : أما نفقة الأقارب فقد بينها الإمام عليه السلام بقوله .
 ﴿ و ﴾ تجب ﴿ نفقة الولد ﴾ الحر ذكراً كان أم أنثى ﴿ غير العاقل ﴾ لصغير أو جنون سواء كان طارثاً أو أصلياً ولو كان ذا ولدٍ موسر وكذا تجب نفقته وكسوته وسكناه وكلما يحتاج إليه ﴿ على أبيه ﴾ لكان ولايته عليه . قال في البحر ولو غير عاقل إذ هو كالجزء منه فكأنه منفق على نفسه ﴿ ولو ﴾ كان الوالد ﴿ كافراً ﴾ غير حربي والولد مسلماً فتسلم النفقة إلى الحاكم لأنه لا ولاية له على ابنه ﴿ أو ﴾ كان الوالد ﴿ معسراً ﴾ لكن ﴿ له كسب ﴾ يعود عليه من صناعة أو وقف أو غيرها فإنها تلزمه نفقة ولده غير العاقل ولو كان الولد غنياً .

﴿ ثم ﴾ إذا توفي الأب أو كان معسراً ولا كسب له وجبت نفقة الولد ﴿ في ماله ﴾ له ولا يبيح ﴿ ثم ﴾ إذا لم يكن له مال والأب معسر ولا كسب له وجبت نفقة الولد ﴿ على الأم ﴾ الموسرة ولو كافرة مع وجود الأب ^(١) فإنه يجب عليها الإنفاق على غير العاقل من أولادها لعدم المال له أو إعسار الأب ، ويكون ﴿ قرصاً للأب ﴾ حتى به سر ولو بغير إذن الحاكم مع الغيبة أو التمرد وكان صغيراً في مدة الحضانة فإن كان بعد سن الاستقلال فلا بد من إذنه أو إذن الحاكم لغيبته أو تمرده مع نية الرجوع في الطرفين .

﴿ و ﴾ أما الولد البالغ ﴿ العاقل ﴾ المسلم ﴿ المعسر ﴾ ولو أمكنه التكسب فنفقته ولو عاقاً ﴿ على أبيه ﴾ الموسرين ﴿ حسب الإرث ﴾ على الأم ثلث وعلى الأب الثلثان ﴿ إلا ﴾ أن يكون هذا الولد العاقل المعسر ﴿ ذا ولدٍ موسر فعلياً ﴾ نفقة والده

(١) فإن كان قد هلك فلا شيء عليها مع كفرها إذ لا توارث بينهما مع الكفر اهـ .

وما يحتاج إليه فإذا كان لا يقدر على التكسب ولا شيء على جده لوالده ﴿ولو﴾ كان الولد ﴿صغيراً أو كان الوالد كافراً﴾ غير حربي وكذا الأم فإن كفرها لا يسقط نفقتها عن ولدها الموسر، فإن كان في الأولاد موسر وموسر وجبت نفقتهما كلها على الموسر منهم ولا تسقط حصّة الموسر عن الموسر .

﴿فرع﴾ فإن كان للولد أبوان معسران أو أب وابن معسران ولا يقدر إلا على نفقة أحدهما فالتحتم أنهما على السواء فيقسم بينهما ولا يؤثر أحدهما على الآخر حيث كان الأب لا يقدر على التكسب، وإلا فالولد الصغير أقدم .

﴿ولا يلزم﴾ الولد للأب ﴿أن يعفّه﴾ بزوجة أو أمة إذا اضطر إلى النكاح إلا أن يتضرر فيكون من باب الدواء ولا تلزمه نفقة زوجة أبيه وعنده، ولا يلزم الأب أن يعف الولد أولى وأحرى .

﴿ولا﴾ يلزم الابن ﴿التكسب﴾ لنفقة أبويه إذا كانا معسرين يمكنهما التكسب ﴿إلا للعاجز﴾ منهما عن التكسب فيجبر الولد على التكسب له كما يجبر الأب على التكسب على ابنه الصغير لا الكبير ولو كان عاجزاً عن التكسب، فإن كان الأب وابنه قادرين على التكسب فلا يجبر أيهما على التكسب للآخر. وإذا اكتسب أحدهما وفضل له عن قوته ومن هو أخص به أدخل الآخر معه فيما فضل له .

﴿و﴾ للأب الممسر العاجز عن التكسب «لا للأم إلا بأمر الحاكم» أن يأخذ من مال ولده الصغير والمجنون والغائب الأعيان التي يحتاج إليها كالطعام والثياب والدرهم والدنانير، ويستنفق منها ما يحتاج لنفسه بالمعروف، ولا يحتاج إلى إذن الحاكم لأنها نفس ما وجب. وأما إذا كان الولد عاقلاً حاضراً فلا إلا أن يتمرد فيأذن الحاكم لأنه يمكن إجباره بحضوره بخلاف الغائب، فإن لم يكن في الناحية أو وقت الحاجة حاكم فيأذن من صلح، فإن لم يوجد فله أن يأخذ من مال ولده المتمرد الحاضر ما يحتاج

(التاج المذهب - ١٩ - ن)

إليه من تلك الأعيان الموجودة وإن لم يرض الولد . وأما إذا لم يجد الوالد شيئاً من تلك الأعيان ليستنفق منها بل وجد شيئاً آخر ﴿ فلا يبيع ﴾ ولا يؤجر الوالد ﴿ عنه ﴾ .
 يعنى عن ابنه الصغير أو الغائب ﴿ عرضاً ﴾ وهو المتاع وكل شئ سوى الدنانير والدرهم من مال ذلك الولد ﴿ إلا بإذن الحاكم ﴾ . إن كان ثمة حاكم وإلا فيأذن من صلح وقت الحاجة ، لأن حدة النية في باب النفقات - هي ما يتقرر بها من هي له والفرق بين المروض وبين الدرهم والدنانير ونحوهما أن يبيع المروض لأمر يخصه وهو الاستنفاق محتاج إلى إذن الحاكم ولو كان له ولاية على بيع مال ولده الصغير كما أن ليس للحاكم أن يحكم لنفسه ولو كان إليه ولاية الحكم ، بخلاف الدرهم والدنانير ونحوهما من الأعيان فهي نفس ما وجب .

﴿ مسألة ﴾ وإذا باع الأب حاجة ولده غير المكاف في النفقة أو غيرها دخل الأب في ذلك على جهة التبعة فينفق على نفسه من ذلك .

﴿ و ﴾ يجب ﴿ على كل موسر ﴾ ولو صغيراً أو مجنوناً ﴿ نفقة ﴾ كل ﴿ معسر ﴾ وسواء كان المعسر قوياً أم ضعيفاً صغيراً أم كبيراً كسوباً أم لا . وإنما يجب ذلك بشرطين : ﴿ أحدهما ﴾ أن يكون ذلك المعسر ﴿ على ملته ﴾ أى على ملة الموسر وهذا الشرط في غير الأبوين وأما هما فلا يعتبر فيهما .

﴿ الشرط الثانى ﴾ أن يكون ذلك الموسر ﴿ يرثه ﴾ أى يرث المعسر ﴿ بالنسب ﴾ فيجب عليه من النفقة على قدر إرثه من المعسر إذا لم يسقطه وارث آخر . وذوو الأرحام ينفقون على قدر الإرث عند عدم المسقط ، وقوله بالنسب احتراز من أن يرثه بولاء المتاق فلا تلزم المعتق أو بالزوجية فلا تلزم الزوجة نفقة الزوج المعسر إلا أن يكون قريباً لها فتلزمها .

﴿ فإن تمدد الوارث ﴾ لهذا المعسر وهم موسرون جميعاً ﴿ فحسب الإرث ﴾ تكون نفقة المعسر عليهم كل واحد منهم بقدر حصته من الإرث غير شاقط ويقدر حصته

محجوباً فلو كان بعضهم موسراً وبعضهم معسراً وجبت نفقته كلها على الموسر ولا يسقط عنه بقدر حصة المعسر لأن موضعها الصلة والمواساة فلو أنسقطنا عن الموسر بقدر ميراث المعسر بطل الغرض من شرعيتها وهو الصلة إذا لم تحصل كاملة .

مثال ذلك معسر له ثلاث أخوات متفرقات فعلى الأب وأُم ثلاثة أخماس، وعلى التي لأب خمس وعلى التي لأم خمس، فإن كانوا إخوة متفرقين فلا شيء على الذي لأب لأنه ساقط . « مثال ثان » معسر له أم وأخ لأم موسران وجدٌ معسر فالكل على الأم لأن الأخ لأم ساقط بالحد . « مثال ثالث » معسرة لها بنت معسرة وثلاث أخوات متفرقات موسرات كانت نفقتها على التي لأب وأُم وحدها إذ هي المعسبة وحدها مع البنت ونفقة البنت على بيت المال . فإذا ماتت الأم وبقيت بنتها معسرة وخالاتها المعسرات لا وارث لها سواهن كانت نفقتها عليهن أخماساً . « مثال رابع » امرأة معسرة لها بنت معسرة وأم موسرة وأخ لأب موسر كان على الأم ثلثها وعلى الأخ لأب ثلثاها وذلك على قدر إرثهما بعد تقدير عدم البنت لأنها صارت كامدة ولإعسارها ونفقة البنت تكون على بيت المال ، ويقاس على ذلك غيره من المسائل .

وقوله ﴿ غالباً ﴾ احتراز من الأولاد فعلى الرؤوس « فيكون على الابن نصف وعلى البنت نصف . مثال ذلك : معسر له بنت وابن موسران فالنفقة ليست على حسب الإرث بينهما بل تكون نصفين على الابن نصف وعلى البنت نصف وذلك لاشتراكهما في الأبوة والبنوة وهذا حيث كانا كبيرين مما أو صغيرين مما فإن كان أحدهما صغيراً والآخر كبيراً وأمكن الأب التكسب فعلى الكبير نصف النفقة والنصف الآخر يتكسب الأب لتحصيله مع نفقة الصغير، ولا يقال إن الصغير كالمعسر فتجب على الكبير جميع النفقة وكذا نحو معسرة لها بنت موسرة وثلاث أخوات متفرقات موسرات فنفقتها كلها على البنت لكان البنوة .

﴿ فرع ﴾ ونفقة الفقير القريب يجب على الموسر إيصالها إليه في البلد وميلها

من باب الصلة والمواساة ولا يلزم القريب الوصول لها مهما كان قريباً وإن كان القريب الممسر خارجاً عن البلد وميلها لم يجب الإيصال على الموسر .

والذي يجب على الموسر لقريبه الممسر هو الطعام والإدام والدواء وأجرة الحاضنة وقائد الأعمى وحامل المقعد ﴿ وكسوته وسكنائه ﴾ على حسب عادة مثله من فقراء البلد ﴿ وإخدامه للعجز ﴾ عن خدمة نفسه لصغر أو كبر أو مرض أو غير ذلك فإن أطاق لم يخدمه ولو كانت عاداته أنه لا يخدم نفسه ، وللممسر طلب الكفيل لا يلزم له من الموسر إذا أراد التوبة لثلا يطله لأنها تسقط بالطل .

﴿ و ﴾ إذا عجل شيئاً من نفقة القريب فضاع عليه وتلف لزم المنفق أن ﴿ يعوض ما ضاع ﴾ أو تلف ويضمن الممسر للموسر عند يساره ما أضاعه إذ هو تفريط لأن ما عجله إليه كالشروط إنفاقه على نفسه لا ما فات عليه بغير جنابة ولا تفريط فلا يضمنه فإن عاد ما ضاع كان للموسر الدافع لا للممسر ، وهذا بخلاف المعجل إلى الزوجة . وإنما فرق بين المعجل إلى القريب من النفقة والمعجل إلى الزوجة في عدم إبدال ما عجل إلى الزوجة سواء تلف بتفريط أم بغير تفريط لأن نفقة الزوجة كالدين ومتى دفع برئت ذمة من هو عليه بخلاف نفقة القريب فهي من باب الصلة فوجب الإبدال لثلا ينقطع غرض الصلة .

﴿ و ﴾ لو مطل الموسر الممسر ما وجب عليه حتى مضت مدته فإنه ﴿ يسقط ﴾ عنه الواجب ﴿ الماضي ﴾ زمانه ﴿ بالطل ﴾ وكان الموسر عاصياً سواء كان الولد أم غيره صغيراً أم كبيراً أم مجنوناً ولو حكم بها حاكم في المدة الماضية التي مطله فيها لأنها شرعت لدفع الضرر وقد زال الضرر في الماضي بمضى المدة .

﴿ والحيلة ﴾ في عدم سقوط نفقة الممسر عند تمرد القريب الموسر أن يأمر الحاكم الممسر أن يستقرض مقدار قوته كل يوم مضيفاً القرض لفظاً للغائب ثم ينفقه على نفسه .

﴿و﴾ حد ﴿الموسر﴾ الذى تلزمه نفقة قريبه المعسر هو ﴿من يملك﴾ من المال ﴿الكفاية له وللأخص به﴾ وهم الزوجات والأولاد الصغار والأبوان الممران والخدام، فمن ملك زائداً على كفاية من وجد من هؤلاء غير ما استثنى للمفلس لزمه الاتفاق على قريبه المعسر ويعتبر أن يكفيه ذلك ومن هو أخص به من الغلة إلى الغلة ان كانت له غلة مما هو موقوف عليه وإلا فيجب عليه بيع المال ان كان يملكه أو ﴿إلى﴾ وقت ﴿الدخل﴾ إن كان زاد دخل من يوم أو أسبوع أو شهر وينفق من الزائد على ما يكفيه ولو لم يكف القريب إلى الغلة . فإن لم يكن له مال يكفيه إلى الغلة أو الدخل أو كان ولم يفضل منه شيء لم يلزمه شيء سواء كان كسوباً أم لا فإن لم يكن له دخل فكفاية السنة وينفق الزائد على النصاب .

﴿و﴾ حد ﴿المعسر﴾ الذى تجب نفقته هو ﴿من لا يملك قوت عشر﴾ ليال ولا قيمتها ولا دخل له ﴿غير ما استثنى﴾^(١) لفقر الزكاة من الكسوة والنزل والأثاث والخدام وآلة الحرب^(٢) فإذا لم يملك قوت العشر لزم قريبه أن ينفق عليه ﴿و﴾ إذا ادعى القريب الإعسار لينفق عليه قريبه الموسر وهو منكر للإعسار وجبت ﴿البينة عليه﴾ أى على مدعى الإعسار مع اللبس، فإن كان الظاهر من حاله الفقر فلا بينة عليه وإن كان الظاهر من حاله الغنى فلا يصدق في دعواه .

وأما نفقة الأرقاء فاعلم أنه يجب ﴿على السيد شبع رقه﴾ من أى طعام كان من ذرة أو شعير أو غير ذلك مع الإدام والسكن والدواء ونحو ذلك . وإنما يجب ذلك للرق ﴿الخدام﴾ لسيدته حسب طاقته على الدوام ولو مما لا يليق به فإن تعددت الخدمة من جهة السيد بأن لا يجد ما يخدمه فيه وجب شبعه كالخدام فلو امتنع من الخدمة

(١) قاعدة : أينما وجب للشخص حق استثنى له كالفقر ، وأينما وجب عليه حق استثنى له كالمفلس . فعلى هذا استثنى للمنفق كالفقر والمنفق كالمفلس اهـ .

(٢) كما تقدم أوله فصل (١٩٣) اهـ ،

لا لعذر سقط وجوب إنفاقه ، وأما لو كان صغيراً أو عاجزاً عن الخدمة لزمانة أو مرض أو عى لم يجب شبعه بل يتفق عليه بالمستحسن وهو الذى يتضرر بالنقصان منه فقد خالف نفقة الأقارب لما كانت صلة وجب نفقة المثل من المثل .

وأما البهائم فالواجب شبعها وإن لم تعمل إذ لا تكليف عليها .

﴿ و ﴾ تجب له من الكسوة ﴿ ما ﴾ يستر عورته و ﴿ يقيه الحر والبرد ﴾ من أى لباس كان من صوف أو قطن أو غيرها ، فيكون السيد خيراً بين القيام بمؤنته ﴿ أو تخلية القادر ﴾ يتكسب لنفسه فإن تمرّد السيد أجبره الحاكم على أحدهما ، فأما لو لم يكن ثم حاكم أو كان لا يستطيع إجباره فللعبد أن يدفع الضرر عن نفسه بالانصراف إلى حيث يمكنه المراجعة بالإنصاف فإن أنصف وإلا تكسب بقدر ما يستطيع من الخدمة فينفق على نفسه ويدفع الفضلة إلى سيده فإن نقص كسبه عن الإنفاق استقرض الحاكم التوفية ويرجع بها على السيد متى أمكن لأن التوفية لا تسقط عنه .

﴿ فرع ﴾ فإن سببه سيده راغباً عنه فحتى انتقل ملك نفسه فيعتق ويكون الولاء لبيت المال فإن أخذه أحد قبل الانتقال ملكه ولا يحتاج إلى نية التملك بل يكفي قصد الفعل كالأحياء .

﴿ وا ﴾ ن ﴿ لا ﴾ يكن العبد قادراً على التكسب ولم ينفق عليه سيده ﴿ كلف إزالة ملكه ﴾ بعتق أو بيع أو نحوهما ﴿ فإن تمرّد ﴾ السيد عن ذلك ﴿ فالحاكم ﴾ يبيعه أو يكاتبه أو يستدين له على السيد أو ينفق عليه من الزكاة إن كان سيده مصرفاً لها أو مواساة إن كان مستحقاً من بيت المال فإن لم يكن أى ذلك أعتقه على مال بشرط لا عقد لثلاثي عشر سنة ، فإن لم يكن ثمة حاكم فللعبد أن يبيع نفسه ويسلم الثمن إلى سيده ﴿ ولا يلزم ﴾ السيد إذا اضطر العبد أو الأمة إلى النكاح ﴿ أن يعفه ﴾ بالنكاح إلا أن يتضرر بتركه وجب على السيد وصار من باب الدواء .

﴿ و ﴾ من علم بغيره في البلد وميلها قد أصابته ضرورة الجوع أو العطش أو البرد أو الحر وخشى عليه من ذلك التلف أو الضرر ولم يخش على نفسه ومن يخصصه في تلك الحال إذا أنفق ما عنده ولم يجد المضطر قرصاً أو من يشتري ماله ولو بدون قيمته فإنه ﴿ يجب ﴾ فرض عين عليه ﴿ سد رمق ﴾ المضطر من ﴿ محترم الدم ﴾ كالسلم والدمى وغيرهما . قال في حاشية السحولي : « مما لا يجوز قتله وأمرنا بحفظه ، لا مباح الدم كالحربي والرتد والزاني المحصن والديوث والعقور ومن ضر المسلمين بقطع طريق أو نحوها فهو لاء وإن لم يجز قتلهم في غير زمن إمام أو في زمانه بغير أمره فهم داخلون في غير المحترم إذ لا يجب حفظهم » .

﴿ فرع ﴾ وكما يجب سد رمق الآدمي المضطر كذلك غيره من سائر الحيوانات التي لا تؤكل ولا يجوز قتلها وسواء كانت له أو لغيره ، فأما لو كانت مما يؤكل وهي له لم يجب ، لكنه يجب تذكيتها إذا خشى عليها ولا يتركها تموت جوعاً أو عطشاً أو نحوهما ، وإن كانت لغيره وجب عليه إثارتها مع خشية التضمين .

﴿ فرع ﴾ ويجوز للمضطر أن يأخذ من مال الغير ما يسد رمقه حيث لا يخشى على ماله الضرر فإن تمتع المالك جاز للمضطر مقابلاته . فإن قتل المالك فلا شيء عليه وإن قتله المالك قتل به . قال ﴿ المؤيد ﴾ بالله يجب سد رمق محترم الدم اللقيط وغيره ﴿ ولو بنية الرجوع ﴾ عليه أو على ماله ، والمختار المذهب أنه لا يصح الرجوع عليه حيث لم يكن له مال في الحال كما لا يصح الرجوع على القريب .

﴿ فرع ﴾ فإن بذل رب المال تسليم ماله للمضطر على عوض فله ذلك إلى قدر قيمته فإن امتنع المضطر لم يلزم المالك بذله بلا عوض ، وإذا كان المضطر قد ضمم جداً بحيث لا يتمكن من بذل العوض أزم المالك إتمامه بنية الرجوع عليه حيث أمره بالإتفاق وإلا فلا رجوع .

﴿ وذو ﴾ الحيوان المملوك كالطير والكلب والحر و ﴿ البهيمة ﴾ يجب على ماله

أن ﴿ يملف ﴾ البهيمة ويطعم غيرها من الحيوان لكلِّ ما يعتاده ويشبعه وإن لم يعمل إذ لا تكليف عليه ﴿ أو يبيع ﴾ ذلك الحيوان ﴿ أو يسيب في مرتع ﴾ أو ملجأ معتاد لئله يشبع لخصبه أو توفر الكفاية فيه ولا ضرر عليه فيه من سبع أو غيره فإن كان فيه دون السبع وجب على مالك الحيوان تمام كفايته أو خشي عليه الضرر وجب عليه حفظه وكفايته ، وأما التسييب في المدن فلا يكفي بل يجبر على إنفاقه .

﴿ فرع ﴾ والبقر ونحوها من البهائم إذا كان لها أولاد لا يجوز أن يحلب من ضرعها إلا ما فضل عن كفاية أولادها لأن اللبن غذاء الأولاد كالعلف غذاء السكبار . ﴿ وهى ملكة ﴾ إذا سبها غير راغب عنها ﴿ فإن راغب عنها حتى تؤخذ ﴾ أى فهى فى ملكه حتى يأخذها غيره ففى أخذها الغير بعد التسييب والرغبة عنها ملكها الغير وتكون كالغنيمة لا يصح الرجوع فيها . وفائدة بقائها على ملكه ، أما حيث لم يرغب عنها فيحرم على الغير أخذها والانتفاع بها إلا بإذن مالكها والجنابة عليها لملكها ومنها عليه حيث يجب الحفظ . وأما حيث قد رغب عنها لا يأنم الآخذ وملكها بتقلها له وقبل أن ينقلها الجنابة عليها ومنها مضمونة للسبي وعليه فلو أخذها آخذ ثم اختلف هو ومالكها فقال مالكها لست راغباً عنها ، وقال آخذها بل رغبتم عنها فالذهب أن القول قول من طابق قوله عرف الموضع الذى سيبت فيه فإن لم يكن ثمة عرف فالظاهر بقاء الملك .

﴿ و ﴾ يجب ﴿ على الشريك ﴾ فى العبد والبهيمة والقريب ﴿ حصته ﴾ من الإنفاق فإن كان الشريك غائباً أو متمرداً وجب على الحاضر الإنفاق لخصته ﴿ وحصته شريكه الغائب ﴾ وحد الغائب هنا وفى كل حيوان الذى يغيب عند حاجة الحيوان بحيث يخشى عليه الضرر ويعتبر فى غير الحيوان البريد ﴿ و ﴾ كذا حصته شريكه ﴿ المتمرد ﴾ عن الإنفاق ﴿ فيرجع ﴾ على شريكه بقدر حصته من النفقة وغيرها بما غرمه على ذلك الحيوان إذا نوى الرجوع ولو لم يأذن له الحاكم بالإنفاق إذ له ولاية على ذلك ، ولا

فروق في الرجوع هنا على الشريك بين نفقة القريب وغيره والقول قول المنفق في قدر النفقة المعتادة لا مدتها فعليها البيئة .

﴿وا﴾ ن ﴿لا﴾ يكن الشريك غائباً بل حاضراً غير متمرد ﴿فلا﴾ يرجع شريكه عليه بما أنفق لأنه متبرع إلا أن ينفق بأمر الشريك رجوع عليه ﴿وكذلك﴾ يجب عليه ويرجع بما أنفق على ﴿مؤن كل عين﴾ مملوكة ﴿لغيره﴾ وهي ﴿في يده﴾ بإذن الشرع ﴿كالمارية والمستأجرة والمرهونة والوديعة إذا لم يمكن التخلية بينها وبين المالك إذا احتاجت إلى مؤنة من إنفاق أو حفظ أو غير ذلك كان حكم من هي في يده حكم الشريك يجب عليه القيام بذلك حيث المالك غائباً أو متمرداً ، وكذلك حكم البئر والدار والنهر المشترك إذا احتاج إلى إصلاح . قال الإمام عليه السلام : وقولنا بإذن الشرع احتراز من الفصوبة فإنه لا يرجع بما أنفق عليها ، وكذا لو بنى بناءً أو نحوه وهو لا يعلم الاشتراك بل معتقداً أنها ملكه ثم بان الاشتراك لم يصح رجوعه لعدم النية لأنه بنى لنفسه .

﴿مسئلة﴾ ولا يجبر على إصلاح شجرة أو بناء في ملكه فإن كان مشتركاً فإنه يجب على الشريك إصلاحه مع غيبة شريكه أو تمرده .

وقوله ﴿غالباً﴾ احتراز من الضالة واللقطة فإن من هي في يده أن ينفق عليها ويرجع على مالكتها إذا نوى الرجوع ولو كان مالكتها حاضراً غير متمرد قبل أن تبين أنها له ، واحتراز من المبيع قبل التسليم وعوض الخلع قبل التسليم فإنه لا يرجع بما أنفق عليهما وإن نوى الرجوع ولو كان المالك غائباً أو متمرداً .

﴿والضيافة﴾ واجبة ﴿على أهل الدير﴾ وهم الذين لا يباع عندهم الطعام المصنوع كأهل البادية، وليست على أهل الدر. وهم الذين يباع عندهم كاللبن لوجود ما يحتاجه النازل من طعام وغيره للبيع . وهي فرض كفاية على أهل المحل حتى يقوم به البعض منهم، وإلى الضيف تعيين من يرجع عليه وليس لمن يرجع عليه الرجوع على أهل بلده

وقد جرى العرف في كثير من الجهات بالمداولة، فمن كانت نوبته تمين الوجوب عليه. وللضيف ولو معه زاد مطالعته بما له من حق الضيفة لكل ما يليق به على قدر حاله، ولو نزل على ذمي أو نزل عليه ذمي، ويدخل في ذلك مال الصغير والمجنون والوقف ولو لمسجد لأنه حق في المال فأشبهه الزكاة، وقدر الضيافة ثلاثة أيام وإذا تكرّر نزول الضيف فالمعبرة بالعرف في تسميته ضيفاً وإن قربت المسافة أو المدة.

﴿ فرع ﴾ إذا جاء رجل إلى رجل ضيفاً وقال آخر أنا أضيفه وسكت الذي جاء إليه الضيف فإن كان قصد المضيف المروءة إلى الضيف فلا شيء على الذي وصل الضيف إليه، وإن فعله مروءة إلى المضيف وجب القضاء على الذي جاءوا إليه وإن لم يقل ضيف على بل سكت ورضي، وأما إذا كره الذي جاءوا إليه فالمضيف متبرع.

﴿ فرع ﴾ إذا جاء ضيف إلى رجل وذبح له شيئاً ودعى أهل بلده وكان مما العادة فيه المعاوضة وأراد الضيف أن يقضي المضيف وكان في دعائه غير الضيف لإكرام له وجب عليه مثل ما فعل، وإذا وصل ضيف إلى عند رجل وفعل له فوق الذي يعتاد وجب القضاء، وأما الضيافة المتعاقبة فهي واجبة لا يجب قضاؤها.

﴿ ١٩٣ ﴾ (باب الرضاع)

هو بكسر الراء وفتحها : لغة اسم لص الثدي وشرب لبنه، وشرعاً عبارة عن حصول لبن المرأة في مدة الصبي بشروط. وحكم الرضاع وحكم النسب في تحريم النكاح وتبويض النظر وكونه محرماً في السفر والخلوة لا في الإرث وثبوت النفقة والقود والمقل والحد للسرقة وصرف الزكاة والعق ونحوها من سائر أحكام النسب فلا تثبت بالرضاع.

﴿فصل﴾

في بيان شروط الرضاع وأحكامه : ﴿و﴾ اعلم أن ﴿من﴾ رضع من امرأة لم يثبت حكم الرضاع إلا بشروط خمسة لا تتم من دونها : ﴿الأول﴾ أن يكون اللبن ﴿وصل جوفه﴾ أي معدته وهي مستقر طعامه وشرابه وسواء كان في رضعات أو رضعة أو دونها مهما وصل المعدة ولو تقيأ فلو لم يصل إلا الحلق أو الصدر لم يثبت حكمه ويكفي في ذلك غالب ظن المرضعة . ﴿الثاني﴾ أن يكون دخوله إلى المعدة ﴿من فيه أو أنفه﴾ أو نحوهما كعينيه وأذنه فيقتضى التحريم كالأواصل من الفم ، ولو أخذني «لخا» وهو «السعط» المعروف بصنماء «بالنشق» وأوجره ، أو في مص وهو الثدي الصناعي أو غير ذلك من أوجه الاستعمال إذا وصل المعدة من الفم أو نحوه لا لو وصل إلى المعدة من الحلق أو الصدر أو البطن أو الدبر أو نحو ذلك فلا يقتضى التحريم . ﴿الثالث﴾ أن يكون الرضاع والصبي ﴿في الحولين﴾ تحديدًا من بعد انفصاله من فرج أمه فلو كان قد تمدهما ورضع بعد ذلك لم يؤثر . ﴿الرابع﴾ أن يكون ﴿لبن آدمية﴾ ولو كافرة لا غيرها . فلا يحرم لو ارتضع صبيان لبن رجل أو خنثى أو بهيمة لم يصيرا أخوين . ﴿الخامس﴾ أن تكون تلك الآدمية قد ﴿دخلت﴾ في السنة ﴿العاشرة﴾ وسواء علم بلوغها أم لا مهما دخلت في السنة العاشرة ، لا قبلها فلا يقتضى التحريم ما لم يعلم بلوغها يقينًا فيقتضى التحريم .

﴿و﴾ اعلم أن لبن الآدمية يقتضى التحريم إذا اجتمعت هذه الشروط و ﴿لو﴾ كانت المرأة التي أخذ من لبنها ﴿ميتة﴾ وأما الرضيع فلا بد أن يكون حيًا ﴿أو﴾ كانت المرأة ﴿بكرًا﴾ لم تلد ولم تزوج ﴿أو﴾ تناول لبنها بعد أن صار ﴿متغيرًا﴾ كأن صار دهنًا أو زبدة أو دما أو لبنًا يابسًا ولو بعد طبخه أو غير ذلك من أوجه التغير فإنه يقتضى التحريم ﴿غالبًا﴾ احترازًا من اللبن وهو أن يعقد ما في معدة

الجدى على لبن امرأة فينمقد جبناً ويأكله الصبي فلا يقتضى التحريم .
﴿أو﴾ شرب ذلك اللبن ﴿مع﴾ غيره وهو من ﴿جنسه﴾ لبن آدمية أخرى
فإنه يقتضى التحريم ﴿مطلقاً﴾ أى سواء كان غالباً أو مغلوباً إذا كان يصل الجوف
لو انفصل عن الخلط ﴿أو﴾ خلط مع ﴿غيره﴾ أى غير جنسه كالإماء ولبن البهائم
والمرق والسمن والطعام ونحوه ﴿و﴾ كان لبن المرأة ﴿هو الغالب﴾ لما خلط به فإنه
يقتضى التحريم ولا بد أن يقدر أنه لو انفصل وصل المدة فإن كان اللبن مساوياً لما
خلط به أو مغلوباً أو التبس الأغلب منهما فلا تحريم عندنا وتعتبر الغلبة في المقدار
بالكيل لا بالوزن .

﴿أو التبس﴾ هل وقع الرضاع بعد ﴿دخول﴾ الرضعة في السنة ﴿المباشرة﴾
أم في التاسعة وهى الآن في المباشرة فإنه يقتضى التحريم . فأما لو التبس حين الرضاع
هل دخلت في السنة العاشرة أم هى في التاسعة فإنه يحكم بالأصل وهو عدم دخول
العاشرة ﴿لا﴾ لو التبس ﴿هل﴾ وقع رضاع الصبي ﴿في الحولين﴾ أو بعد خروجهما
وهو الآن قد تعدى الحولين فيحكم بأقرب وقت وهو أنه رضع بعد خروجه من الحولين
فلا يقتضى التحريم ، وأما لو التبس حال الرضاع هل جاوز الحولين أم لا فالأصل
عدم المجاوزة فيقتضى التحريم .

﴿نعم﴾ فتنى حصل الرضاع بتلك الشروط المتقدمة ﴿ثبت﴾ حينئذ ﴿حكم﴾
البنوة لها ﴿وبها فتصير الرضعة حرة كانت أم مملوكة أمأً له وهو ولد لها فيجرب ما تقدم
أول الباب من تحريم النكاح وجواز السفر بها والخلوة دون غيرها وغير ذلك من أحكام
بنوة النسب ﴿و﴾ كذلك يثبت حكم البنوة ﴿لذى اللبن﴾ وهو زوجها أو مالكتها الذى
علقت منه وأرضعت بعد الملقوق فيصير الزوج أو نحوه أباً للطفل والطفل ابناً له من
الرضاع ﴿إن كان﴾ للرضعة زوج أو نحوه فيثبت حكم الرضاع في حقهما معاً وإلا
فالولد لها بحسب ﴿وإنما يشار إليها من علقت منه﴾ بوطء أو استدخلت مائه ﴿ولحقه﴾

نسب الولد كما مر من الستة الأشهر والأربع السنين وفي الفراش وغير ذلك سواء كان في نكاح صحيح أو فاسد أو ملك أو شبهة ملك كأمة الابن فإن اللبن بعد هذا الملقوق يصير لها ممّا وقيل الملقوق لا يشاركها فيه .

وقوله « ولحقه » يحترز من أن تعلق منه في نفس الأمر ولا يلحقه في ظاهر الشرع كالولادة المنقبة باللعان وكالأمة حيث لم يدعه، وكل ما جاء بعد الإقرار بانقضاء العدة لستة أشهر وما علقته منه بنكاح باطل نحو أن يعلم وهي جاهلة فلا يثبت حكم اللبن لهذا الرجل لعدم لحوق الولد به . ومهما لحق به فلا يزال مشاركا للمرأة في اللبن ﴿ حتى ينقطع ﴾ منها بالكلية ولو لمارض كمرض أو مجاعة ويعمل في انقطاعه بالكلية بالظن ، فلو عاد بعد الانقطاع لم يرجع له فيه حق وكان لها وحدها ما لم تعلق منه مرة أخرى فيعود له الحق في اللبن واشتركا في الحكم .

﴿ أو ﴾ لم ينقطع منها اللبن لم يزل مشاركا لها ولو طلقها وتزوجت غيره لم ينقطع حق الأول في اللبن حتى ﴿ تضع ﴾ ولو بمض الحمل الذي هو ﴿ من غيره ﴾ ولو من زنى أو غلط أو شبهة كالنكاح الباطل فمتى وضعت بطل حق الأول .

﴿ و ﴾ إذا طلقها الزوج الأول المشارك لها في اللبن ثم تزوجت آخر لم يكن للآخر نصيب في اللبن حتى تعلق منه أيضا، وحين تعلق منه ﴿ يشترك الثلاثة ﴾ في اللبن وهم الزوج الأول والآخر والمرأة فلا يزالون مشتركين في اللبن ﴿ من الملقوق الثاني ﴾ حيث يلحق به ﴿ إلى الوضع ﴾ لذلك الحمل ولو بعنه كأحد التوأمين حيّا أو ميتا، فمن ارتضع منها ما بين الملقوق والوضع كان ابنا للمرأة والزوج الأول والثاني . وبعد الوضع ينقطع حق الزوج الأول ويبقى حكم الرضاع للمرأة وزوجها الثاني فإن التيس الملقوق فبسته أشهر يعني إذا كان إرضاعه قبل الوضع بستة أشهر اشتركوا فيه إن وضعت فيها .

﴿ و ﴾ قد يكون الابن من الرضاع ابنا ﴿ للرجل فقط ﴾ دون من أرضعته فيكون ابنا للرجل من الرضاع لا أم له وذلك حيث يتغذى ﴿ بلبن ﴾ الرجل ﴿ من زوجته ﴾

وهو ﴿ لا يوصل ﴾ المدة ﴿ إلا مجتمعاً ﴾ بحيث لو انفصل لبن كل واحدة وحده لم يصل المدة لقلته فإنه في هذه الصورة إذا جمع فشربه صار أبناً لزوجهما فقط لا لهما لكونهما يحرمان على الرضيع لكونهما من نساء أبيه .

﴿ ويحرم به ﴾ أى بالرضاع من النساء ﴿ من صيره ﴾ الرضاع ﴿ محرماً ﴾ بفتح الميم أوضمها مع تشديد الراء كالأم من الرضاع والأخت من الرضاع لأب وأم أو لأب أو لأم والعمة كذلك والجدة أم الأم وأم الأب وزوجة الأب من الرضاع ونحو ذلك « وعلى الجدة » إنما حرم من النسب لأجل النسب والصهر حرم بالرضاع إلا أخت الابن من الرضاع ونحوها حسب ما تقدم في النكاح حيث قال « والرضاع في ذلك كالنسب غالباً » . فاجتزأ من أخت الابن من الرضاع ونحوها لأنهن يحرمن من النسب ولا يحرمن الرضاع . قال في الأثمار: « وضابط ذلك » أن حرمة الرضاع تنتشر من الرضعة وصاحب اللبن إلى أصولهما وفصولهما ونسائهما وحواشيتهما ، وتنتشر من الرضيع إلى فروعه فقط ونسائه ونساء فروعه دون أصوله وحواشيه .

﴿ ومن انفسخ نكاح ﴾ منكوحته ، ﴿ غير مدخولة ﴾ ولو قد خلا بها زوجها مع التسمية لها وكان انفساخ نكاحها ﴿ بفعله مختاراً ﴾ غير مكروه على ذلك الفعل الذى فعله وبه انفسخ النكاح فإذا اجتمعت هذه القيود ﴿ رجع ﴾ الزوج ﴿ بما لزم من المهر ﴾ إما كاملاً حيث يكون قد خلا بها أو نصفه حيث يكون قبل الخلوة ﴿ عليه ﴾ يعنى على ذلك الذى وقع فسخ النكاح بسببه .

مثال ذلك : أن يكون لرجل امرأتان إحداها كبرى والأخرى صغرى فرضمت الصغرى من الكبرى فإنه ينفسخ نكاحهما ويتأبد تحريم الكبرى عليه مطلقاً وكذا الصغرى إذا كان قد دخل بالكبرى أو لساها أو نظر إليها لشهوة وإلا فلا ، ويكون الرجوع بما لزم الزوج من المهر للصغرى على الكبرى حيث تكون هذه الرضعة لها مختارة ولم يأذن الزوج ، وكذا لو دبت الصغرى على الكبرى وتركتها ترضع منها فإن

التخلية منها كالفعل إذ لبنها ممها أمانة فيسقط مهرها ممها ولا رجوع على أحد .
وأما المدخولة فلا يسقط مهرها بحال ولو انفسخ نكاحهما بأى وجه ولا يرجع به على
أحد لأنه قد استوفى مافى مقابلته وهو الوطاء وكذا نقول يرجع على الصغرى حيث
تكون هى التى رضعت بنسب فعل الكبرى ولا تخليتها كأن تدب الصغرى وتتناول
ثدى الكبرى وهى نائمة فيسقط مهر الصغرى ويرجع الزوج على الصغرى بنصف
مهر الكبرى ويجمعه إن كان قد خلى بها أو يكون ذلك بفعل الغير كأن يقرب
الصغرى إلى الكبرى أو يكره الكبرى على إرضاع الصغرى رجع عليه الزوج بمهر
الكبرى كاملا إن كان بعد خلوة أو نصفه قبلها ونصف مهر الصغرى ولو كان من
الصغرى فعل بتناول الثدى ومص اللبن إذ هى كاللجأة إلى ذلك .

﴿ إلا ﴾ أن يكون الذى فعل الارضاع ﴿ جاهلا ﴾ أنه يحرم ويتفسخ به النكاح
﴿ محسنا ﴾ فى إرضاعه بأن يخشى على الطفل التلف أو الضرر فأرضعه ولو كانت
الكبرى هى الرضعة للصغرى فإنه لا يرجع عليها بما يلزمه للصغرى وهو نصف المهر
بهذين الشرطين وهما الجهل بأن هذا الرضاع يفسخ النكاح وأن تكون محسنة تخشية
التلف أو الضرر على الطفل . وأما مهر الكبرى فإن كان قبل الدخول بها فلا مهر لها
ولو كانت جاهلة محسنة وإن كان بعد الدخول لم يسقط مهرها إذ قد استوفى الزوج
مافى مقابله وهو الوطاء وإما مع العلم إن هذا الرضاع يفسخ النكاح أو مع الجهل
بذلك وليست محسنة بأن لا يخشى على الطفل التلف أو الضرر فإنه يرجع عليها بما
لزمه للصغرى وهو ما أوضحناه فى صدر المسئلة .

﴿ فصل ﴾

﴿ ١٩٣ ﴾

فى بيان ما يثبت به الرضاع وما يترتب عليه من الأحكام فسحاً وتحريماً ونحوها
﴿ و ﴾ اعلم أنه ﴿ إنما يثبت حكمه ﴾ على الزوجين ﴿ باقراره ﴾ أى بإقرار الزوج أو

نكوله أو رده اليمين ﴿أو يبتها﴾ مع التشاجر والحكم ولو كانت الدعوى والبيئة من جهة الحسبة، وأما البيئة من دون حكم فلا حكم لها . ويكفي في إقراره الإجمال نحو أن يقر بأن المرأة محرمة عليه بسبب الرضاع أو أنها أخته من الرضاع أو نحو ذلك فإنه يحمل على الحولين وإن لم يفسره بذلك لأن الإقرار يحمل على ما يوجب التحريم بخلاف الشهادة بالرضاع وأما كيفية الشهادة فلا بد من التفصيل فيها إلا من عارف فيكفي الإجمال ولا تصح إلا من رجلين أو رجل وامرأتين غير المرضعة فإن شهادتها لا تقبل عندنا، وسواء شهدت أنها ناولته ثديها أو وضعت لبنها بين يديه فشربه أو أوجره غيرها لأنها تشهد على فعلها لتجر إلى نفسها حق البتة . أما شهادة العارف فيكفي فيها الإجمال كالقر به ويستحب التفصيل . وأما غير العارف فلا بد من التفصيل في أدائها وتحملها . ففي أدائها أن يشهد أنه ارتضع في الحولين أو أطلقا ولم يقولاً في الحولين بل أرحا إلى وقت وتصادق الزوجان بعد ذلك أن ذلك الوقت في الحولين ، وفي تحملها أن يعرف الشاهدان بالعلم إن في المرأة لبنًا وشاهدا المص المتدارك والثدي في فمه لا إذا لم يعرفا هل فيها لبن أم لا . ويجوز للأجنب أن ينظروا إلى الثدي في فم الرضيع لتحمل الشهادة .

﴿فرع﴾ قال في النيث : فإن لم يكن من الزوج إقرار ولا منها بيئة وعلم الحاكم بثواتر أو غيره وجب الفسخ ولزم إجبارهما .

﴿ويجب العمل بالظن الغالب في النكاح تحريماً﴾ أي متى غلب على ظن الرجل أن المرأة رضية له كأن يخبره رجل أو امرأة فأكثر حرم عليه أن ينكحها وإن كانت تحتها مروحها ويحسن أن يحتاط بالطلاق . أما لو تردد ولم يقلب على ظنه صدق الخبر فإنه يستحب له فراقها ، والعمل بالظن الغالب يكون في حق الرجل قبل العقد وبعده وفي حق المرأة قبل العقد . وأما بعد العقد فلا تعمل بظنها لأن فيه إبطال حق غيرها ويثبت لها تحليفه إذا ادعت عليه أنه يظن الرضاع أو يظن صدقها في دعوى ذلك .

﴿ فيجبر الزوج المقر به ﴾ أى إذا أقر الزوج أنه غلب على ظنه أنها رضيمته
أجبره الحاكم وكذا المسلمون بأعزالها وتسريحها من باب النهى عن المنكر لبطلان
النكاح بإقراره بظلمته .

﴿ و ﴾ إذا تعادق الزوجان على الرضاع بينهما ثبت حكمه كما مر و ﴿ بإقراره ﴾
يعنى اتزوج بالرضاع ﴿ وحده ﴾ وهى منكرة ﴿ يبطل النكاح ﴾ بينهما ﴿ لا الحق ﴾
الذى لها عليه وهو المهر ونفقة المدة والكسوة فلا يبطل ويجوز لها أن تتزوج بعد
انقضاء المدة وإن لم تظن صدقه وليس لها أن تطالبه ولا للحاكم إجباره أن يحتاط
بالطلاق لأن إقراره فى معنى الطلاق ، وإذا رجعت الزوجة إلى تصديق الزوج فى
حصول الرضاع بينهما صح منها ذلك بعد الإنكار وسقطت به حقوقها .

﴿ والعكس فى إقرارها ﴾ وهو أنها إذا أقرت المرأة بالرضاع بينهما وأنكر الزوج
ذلك ولا يئسها لها بطل حقها من الزوج من نفقة وكسوة وغيرها ولا يبطل النكاح
﴿ إلا المهر ﴾ فلا يسقط إذا أقرت بالرضاع ﴿ بعد الدخول ﴾ لا الخلوة فتستحق
الأقل من المسمى ومهر المثل إذ قد استوفى الزوج ما فى مقابله وهو الوطاء ، ويجب
عليها أن تمنع نفسها وتدافعه ولو بقتله لأنه مع علمها بالرضاع يريد أن يفعل بها
محظوراً ، وإذا مات لم ترثه إلا أن ترجع إلى تصديق زوجها وتكذيب نفسها فى ذلك
كله فتستحق ما قد سقط من حقوقها وأخذت ميراثها لأن رجوعها يوجب عليها
حكم النكاح وهى المدة فيثبت المهر والميراث ولو بعد الموت .

والله أعلم

﴿١٩٤﴾ كتاب البيع

البيع والشراء هما من أسماء الأضداد : فيطلق الشراء على البيع كقوله تعالى : « وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ دَرَاهِمَ » أى باعوه ، ويطلق البيع على الشراء كقوله صلى الله عليه وآله وسلم : « لا يبيع أحدكم على بيع أخيه » أى لا يشتري ، وكذلك الاشتراء والابتياح فإنهما يطلقان على فعل البائع والمشتري لغة إلا أن العرف قد خص البيع بفعل البائع ، وهو إخراج الذات من الملك ، وخص الشراء والاشتراء والابتياح بفعل المشتري : وهو إدخال الذات في الملك . وله حقيقتان : لغوية وشرعية : أما اللغوية فالبيع هو الإيجاب والقبول في مالين ولو بالنابذة لأن الرجل في الجاهلية كان يقول إذا نبذت إليك هذا الثوب فقد وجب البيع ويسمى بيعاً ، وأما حقيقته الشرعية : فجملية ، وتفصيلية : أما الجملية فهو الإيجاب والقبول في مالين مع شرائط . وأما التفصيلية : فهو الواقع بين جائزى التصرف المتناول لما يصح تملكه بثمن معلوم بلفظين ماضيين أو ما في حكمهما كما سيأتى .

والأصل في البيع من الكتاب قول الله تعالى : « وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا » ومن السنة ^(١) قول الرسول صلى الله عليه وآله وسلم : « البيعان بالخيار ما لم يفترقا » ^(٢)

(١) ومن السنة أيضاً قوله صلى الله عليه وسلم : « لأن يأخذ أحدكم حبله فيأتى بحزمة حطب على ظهره فيبيعها فيكف بها وجهه خير له من أن يسأل الناس أعطوه أم منعوه » رواه البخارى ، وفى هذا الحديث إشارة إلى ما يجب على الإنسان من العمل في هذه الحياة فلا يحل له أن يهمل طلب الرزق اعتماداً على سؤال الناس ، كما لا يحل له أن يستنكف عن العمل سواء كان جليلاً أو حقيراً بل عليه أن يعمل بما هو متيسر له . وقد أجر على عليه السلام نفسه من امرأة ، وقيل من يهودى كما يأتى لفظ الحديث أول فصل ٢٣٧ ولم يستنكف من العمل الشاق في تحصيل القوام من العيش . ومنها قوله صلى الله عليه وآله وسلم : « أفضل الكتب بيع مبرور وعمل الرجل بيده » رواه أحمد والطبرانى وغيرهما . والبيع المبرور هو البيع الذى يبر فيه صاحبه فلم يقش ولم يخن ولم يمس الله فيه . . (٢) وفى رواية « ما لم يفترقا » وتامه « فان صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما وإن كتما وكذبا محقت بركة بيعهما » رواه أحمد والبخارى ومسلم عن حكيم بن حزام .

والمراد فرقة أقوال لا فرقة أبدان . والإجماع منعقد على جوازه . إذ هو من أكبر الوسائل الباعثة على العمل في هذه الحياة الدنيا وأجل أسباب الحضارة والعمران .
واعلم أن البيع والشراء ينقسمان إلى خمسة أقسام لأن كل واحد منهما قد يكون واجباً وذلك عند دفع الضرر كسدّ الرمي وشراء ما لا يتم الواجب إلا به ، وعظوراً إذا تضمن الربى ، ومندوباً إذا كان للاتفاق على الطاعات ، ومكروهاً إذا كان فاسداً بغير الربى أو كان عند النداء ^(١) أو في المسجد حيث دخل تبمناً للطاعة وإلا حرم ، ومباحاً وهو ماعدا ذلك ما لم يلحق بأى قسم مما تقدم .

(فصل)

في شروط البيع التي لا يصح ولا ينفذ إلا مع كمالها (وشروطه) ستة عشر شرطاً : منها ما هو للصحة ، ومنها ما هو لنفوذ العقد فقط مع كونه صحيحاً . وهى على ثلاثة أضرب : ضرب يرجع إلى العاقد ، وضرب إلى العقد ، وضرب إلى المال الذى يتناوله العقد . أما ما يرجع إلى العاقد فهو أربعة :

﴿ الأول ﴾ : (إيجاب مكاف) وهو البالغ العاقل . وأوجز من ذلك أن يقال : هو إيجاب وقبول من صحيح تصرف (أو مميز) احترازاً من الصبي والجنون والمعتوه ^(٢) وغيرهم ممن لا تميز له ولو كان صراهماً وهو الذى دخل في سنة البلوغ فإنه لا يصح عقده ولا تلحقه الإجازة لوفطن من بعد ، أما مع حصول التمييز فيصح ولكن لا ينفذ إلا مع الإذن أو لحوق الإجازة من الولي . وأما السكران المميز فينفذ عقده تمهماً ميزاً ، وإلا فلا ينفذ ولا يصح .

(١) نداء ضلالة الجملة . وقوله « وذروا البيع » الأمر يقتضى الوجوب .

(٢) المعتوه هو ناقص العقل اهـ .

﴿فائدة﴾ كل إيجاب وقبول حصل على مألين فهو بيع وعلى منفعة ومال اجارة، وعلى مال وبضع نكاح، وعلى طلاق ومال خلع، وعلى مال وحده هبة .

﴿الشرط الثاني﴾ أن يصدر الإيجاب من ﴿مختار﴾ ولو كان هازلاً أما إذا كان مكرهاً فلا يصح عقد السكره^(١) بغير حق سواء باع أم اشترى من السكره أم من غيره وسواء باع بغير قيمته أو بأكثر فلا يصح ولو أجاز بيعه من بعد مختاراً لأن عقد السكره كلاً عقد . قال في البيان : « إلا حيث نوى الصلحة عند عقده فإنه يصح والقول قوله لأنه لا يعرف إلا من جهته » . فأما إذا كان الإكراه بحق كأن يكرهه الحاكم على البيع لقضاء الدين أو لنفقة زوجته أو نحوه ذلك فإنه يصح البيع مع الإكراه ويصح بيع السكره أيضاً إذا كان الإكراه مؤكداً للإذن كقول السيد للشير بع عبدي وإلا قتلتك .

﴿الشرط الثالث﴾ أن يقع الإيجاب من ﴿مطلق التصرف﴾ فلا ينفذ من العبد والصبي المميز غير المأذونين لأنهما محجوروا التصرف إلا بإذن ومع عدم الإذن يبقى العقد موقوفاً على إجازة المتولى لها، وكذا لا ينفذ بيع المحجور ماله من جهة الحاكم بل يبقى العقد موقوفاً على الإيفاء أو الإبراء من الغرماء .

﴿الشرط الرابع﴾ لتنفيذ العقد أن يصدر الإيجاب من ﴿مالك﴾ المال الذي تناوله العقد ولو كان البائع جاهلاً أن البيع مملكه ﴿أو﴾ يصدر الإيجاب من ﴿متولٍ﴾ له كالوصى والولي والحاكم . أما إذا صدر الإيجاب من غير المالك أو المتولى فإنه لا ينفذ بل يبقى العقد موقوفاً على الإجازة « غالباً » احترازاً عما أخذه المشتري بالمعاطاة فإنه يصح منه البيع لذلك مع كونه غير مالك ولا متولٍ .

﴿وأما الشروط﴾ المتعلقة بالعقد فهي سبعة : ﴿الاول﴾ أن يأتي ﴿بلفظ تملك﴾ أو نحوه مع قصد اللفظ وإن لم يقصد المعنى وهو التملك في مقابل عوض

(١) وحد الإكراه هو ما يخشى معه الضرر اهـ .

نحو أن يقول : بعت ، مَلَكت ، وهبت ، دفعت ، جمعت بكذا ، فإن لم يقل بكذا صار اللفظ الأول باطلاً والآخر نذراً والثلاثة المتوسطة هبة ، وكذا لو قال هو لك كان إقراراً ، فإن قال بكذا صار بيعاً بخلاف فعلت ورضيت لأنهما ليسا بلفظي تملك فلا يصح بهما العقد إلا أن يكونا جوابين بمعنى نعم كأن يقول بعت منى أو شريت منى بكذا ، فيقول له فعلت أو رضيت صح العقد ، ونحو لفظ التملك الاسماء فإذا قال للغير اعتق عبدك عنى على كذا فاعتقه صح لأنه متضمن للبيع .. وكل لفظ أفاد التملك (حسب العرف) نحو شطت ، كات ، في بيع الطعام ، وكذا قضيت إذا قضاء عما بذمته ولو كان القضاء من جنس الدين ، وكذا بلفظ الصالح عما بذمته نحو صالحت . ولا ينعقد بأبحت إلا إذا جرى عرف ولو بلفظ الوصية .

و (في الشرط الثاني) أن يحصل (قبول غيره) وبذلك يخرج المبيع عن ملك البائع ويدخل في ملك المشتري بحصول اللفظين معاً . قال في البيان : «والقبول هو أن يقول اشتريت أو شريت أو ابتعت أو تملكيت أو قبلت أو أخذت أو قبضت أو تناولت أو حزت أو رضيت لا أن يقول أحسنت » ويصح العقد سواء تقدم لفظ البائع أو لفظ المشتري ، وكذا لو تشابه اللفظان كبت منك فقال ابتعت أو شريت منك فقال اشتريت أو شريت ، أو اختلفا كقوله بعت منك فقال اشتريت أو شريت أو قبلت صح ، وإذا قال بعت منى أو شريت منى فقال نعم أو رضيت أو فعات صح . أما إذا قال بعت منك أو اشتريت منك فقال نعم فلا يصح .

واعلم أنه يصح بالكتابة والرسالة ولو اختلف المجلس ويكون صريحاً في البيع إذ لا كناية في المعاملات بل في الطلاق ونحوه .. ولا بد أن يصدر القبول من غير الموجب لأنه لا يصح أن يتولى طرفي العقد واحد سواء كان وكيلاً أم ولياً وكذلك في كل عقد اشتمل على مالين من كل الطرفين كالبيع والشراء والهبة على عوض مشروط .

﴿ فرع ﴾ إذا أراد الأب أو الجد أو الوصى أو الحاكم أو الإمام أن يبيع ماله من الصغير أو يشتري مال الصغير لنفسه لمصلحة فإنه يبيعه إلى الغير ثم يشتريه لنفسه أو للصغير بعد أن يقبضه المشتري. وسيأتى تفصيل ذلك في شرح قوله « ولا يتولى الطرفين واحد أو ما في حكمه » في الفصل الآتى .. ومن حق القابل أن يكون ﴿ مثله ﴾ أى مثل البائع فى كونه مكلفاً ، أو مميّزاً مختاراً مطلق التصرف متمكلاً للمعين بالقبول أو متولياً لقبولها إلا أن محجور التصرف يصبح شراؤه ويبيع الثمن فى ذمته حتى يفك الحجر أو يحجز الغرماء أو الحاكم ويثبت للبائع الخيار إلا أن يكون عالماً بالحجر فيكون كالبيع إلى المفلس ..

﴿ الشرط الثالث ﴾ أن يكون الإيجاب والقبول ﴿ متطابقين ﴾ فيتناول القبول كلها تناوله الإيجاب مطابقة لفظاً ومعنى أو معنى فقط . فثال المطابقة لفظاً ومعنى أن يقول بمت منك هذين الشيئين أو الأشياء بألفين فيقول قبلتهما بألفين أو قبلت البيع أو نحو ذلك ، والمطابقة فى المعنى فقط كأن يقول بمت منك هذا الدكان بألفين فيقول قبلت نصفه بألف وقبلت نصفه الآخر بألف فإنه يصح فيهما لتطابق الإيجاب والقبول معنى ، ومن ذلك أن يقول البائع بمتك هذا العبد بألف وبمتك هذا بألف فقال المشتري قبلت هذا بألف فإنه يصح أيضاً لأنهما عقدان قبل المشتري أحدهما دون الآخر ، وكذا لو قال قبلتهما أو قبلتهما بألفين صح . وكذا لو قال البائع بمت منك هذين العبدين كل واحد منهما بألف ، فقال قبلت هذا بألف وهذا بألف أو قبلت أو قبلتهما بألفين صح ، وهكذا لو كان البائع شخصين لشئ واحد فقبل المشتري ببيع أحد الشخصين دون الآخر صح المقدينه وبين من قبل منه لتطابق الإيجاب والقبول ، كما أنه لو قبل منهما معاً لتعدد العقد ، وهذا حيث باع كل واحد منهما نصفه ولو لم يلفظ بذلك فهو المراد هنا . فأما إذا باع كل واحد منهما كل ذلك الشئ لم يصح قبول نصفه ، وكذا إذا باع شخصان من اثنين شيئاً واحداً أو شيئين وباع كل شخص

من واحد من المشتريين وقبل أحدهما فإنه يصح ، وأما إذا لم يتطابق الإيجاب والقبول لا في اللفظ ولا في المعنى لم يصح البيع كأن يقول بعتك هذين الحصانين بألفين أو كل واحد بألف فقبل المشتري أحدهما بألف لم يصح لأنه تمييز للمقد . واعلم أن حكم الاجازة في اشتراط المطابقة حكم القبول .

﴿ الشرط الرابع ﴾ أن يكون الإيجاب والقبول ﴿ مضافين إلى النفس ﴾ نحو أن يقول البائع بعتُ - بضم التاء - والمشتري اشتريتُ - بضم التاء - فإن فتح تاء التكلم لم يصح ذلك إلا لعرف في لفته فإنه لا يضر كنهه لغة بعض الجهات ، وكذا سائر الإنشاءات والعقود ﴿ أو ما في حكمهما ﴾ بمعنى أو ما في حكم الإضافة إلى النفس وهو الجواب بنعم أو « إيه » أو « آه » كما هي لغة العرف ، فإذا قال البائع اشتريتُ مني هذا بكذا فقال المشتري نعم كفى ، وإذا قال المشتري بعت مني هذا بكذا فقال البائع نعم أو نحوها كفى ، ولا يحتاج المشتري أن يقول بعد ذلك اشتريتُ ليكونا مضافين إلى النفس . ولا فرق بين أن يتقدم لفظ البائع أو يتأخر فنعم مقرر لما قبلها إذا تقدمها لفظ ماض صريح مضافاً إلى قائلها كما مثلنا . أما لو قال البائع بعت منك فقال المشتري نعم ، أو قال المشتري اشتريت منك فقال البائع نعم لم يصح لأن نعم لم تضاف إلى قائلها .

﴿ وحاصل هذه المسئلة ﴾ أنه إذا قال البائع للمشتري بعت منك هذا بكذا فجوابه اشتريت أو ابتعت لا لفظة نعم . وإذا قال المشتري للبائع اشتريتُ منك كذا بكذا فجوابه بعت لا لفظة نعم . وأما إذا قال البائع اشتريت مني فجوابه اشتريت أو نعم ، وكذا لو قال المشتري للبائع بعت مني فجوابه نعم أو بعتُ ، وكذا لو قال المتوسط بين المتبايعين للبائع بعتُ بكذا فقال بعتُ وقال للمشتري اشتريت فقال اشتريت صح .

﴿ الشرط الخامس ﴾ أن يكون الإيجاب والقبول ﴿ غير مؤقتين ﴾ أيهما لوقت

ينتهي التملك به، فلو قال بعث منك هذا شهراً أو قال قبلت البيع منك شهراً لم يصح وكان البيع فاسداً . أما إذا كان العقد مؤقتاً بوقت يبتدىء التملك به فيصح ﴿ ولا مستقبل أيهما ﴾ بل يكون الإيجاب والقبول بلفظين ماضيين كما مرّ، فلو قال تبيع أو بع هذا منى بكذا فقال بعث كان فاسداً في غير المحقر إلا أن يقول المشتري بعد ذلك اشتريت صح ويلغو الشرط المستقبل والأمر السابق ، وكذا لو قال البائع تشتري أو اشتري هذا منى بكذا فقال اشتريت كان فاسداً في غير المحقر إلا أن يقول البائع بعد ذلك بعث صح ويلغو اللفظ السابق المستقبل أو الأمر ، وهذا بخلاف الفكاح فإنه يصح بلفظ الأمر ، فلو قال زوّجني فقال زوّجتك انعقد به النكاح .

﴿ و ﴾ ﴿ الشرط السادس ﴾ أنه ﴿ لا ﴾ بدّ من كون كل واحد من الإيجاب والقبول غير ﴿ مقيد بما يفسدهما ﴾ من الشروط التي سيأتي ذكرها في باب الشروط .
 ﴿ و ﴾ ﴿ الشرط السابع ﴾ أن ﴿ لا ﴾ يكون الإيجاب والقبول قد ﴿ تخلّاهما ﴾ في المجلس لإضراب ﴿ من أيهما ﴾ فلو قال بعث منك هذا الشيء بكذا فأضرب عنه المشتري إما بمكالمة غيره أو قام لبعض حاجاته أو نحو ذلك مما يدل على الإعراض ثم قبل بعد ذلك لم يصح ، وكذا لو أعرض البائع بعد الإيجاب ثم قبل المشتري لم يصح . ولا بدّ أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد ، وحد المجلس في البنين ما حوته الجدران ، وفي الصحارى ما يسمع فيه الخبر المتوسط فإذا كانا ماشيين معاً وسكت المشتري بعد الإيجاب ثم قيل قبل أن يتجاوزا المجلس المعتبر للصحارى صح وإن تجاوزا لم يصح . أما لو كانا على سفينة أو على دابة معاً فلا يضر سيرهما ولو تجاوزا المجلس المعتبر .

﴿ أو رجوع ﴾ عن الإيجاب والقبول من المبتدئ منهما سواء كان البائع أو المشتري، فلو رجع الموجب عن الإيجاب بقوله رجعت عن البيع أو لا أبيع أو لست ببائع

أو نحو ذلك مما يدل على الرجوع قبل القبول لم يصح العقد فإن اتفق الرجوع والقبول في حالة واحدة أو التمس أيهما أسبق رجح عدم الصحة^(١).

﴿وأما الشروط المتعلقة بالمال﴾ فهي خمسة:

﴿الأول﴾ أن يكون البيع والشراء ﴿في حالين معلومين﴾ أي المبيع والتمن في المبيع لا بد أن يكون معلوم الجنس والقدر جملة كببيع الجراف^(٢)، أو تفصيلاً بأن يذكر مقداره كيلاً أو وزناً أو عدداً للبائع والمشتري فإن جهلاه أو البائع كان فاسداً وإن جهله المشتري وحده صح وله الخيار عند العلم، وكذلك التمن لا بد أن يكون معلوماً جملة أو تفصيلاً لهما معاً، فإن جهلاه لم يصح إلا أن يجهله البائع وحده أو المشتري وحده وكان مما يعلم من بعد صح، وللمشتري الخيار عند العلم، فلو اشترى ملكه وملك غيره فإنه لا يصح للجهالة الأساية بخلاف ما إذا استحق منه شيء فإنه يصح العقد فيما بقي لأن الجهالة طارئة ويكون بحصته من التمن. وأما حقوق المبيع كالسواقي والطرق وما يدخل في البيع تبعاً فلا يضر الجهل بها ولو لم تذكر.

﴿فرع﴾ ويصح أن يكون التمن منفعة معلومة كخدمة عبد أو حر أو سكنى دار فيثبت للمبيع حكمه وللتمن حكم الإجازة.

﴿مسئلة﴾ فلو باع بنقد ثم منع السلطان التعامل به قبل قبضه لزمته قيمته إذ قد صار لكساده كالمروض. وهذا هو الصحيح من المذهب.

﴿الشرط الثاني﴾ أن يكون المبيع والتمن مما ﴿يصح تملكهما﴾ للبائع والمشتري أما لو كانا أو أحدهما لا يصح تملكه للبائع والمشتري لم يصح بيعه كالمينة والنجس لذاته والموقوف وكذا أرض مكة كرمها الله وكذا لو لم يصح تملكه لأحد المتعاقدين كالخمر في حق المسلم في معاوضته للذي لم يصح بيعه. ولا بد أن يكون مما يصح تملكه

(١) وهذا يخالف قولهم إن العقد إذا احتمل وجهي صحة وفساد حل على الصحة اهـ.

(٢) الجراف بتثنية الجيم: بيع الشيء بلا كيل ولا وزن اهـ.

﴿ في الحال ﴾ والمالك ليخرج المدبر وأم الولد وليخرج أيضا الحجر قبل أن يصير خلا والصيد في حق المحرم وسيأتي ^(١) تفصيل ذلك كله .

﴿و﴾ ﴿الشرط الثالث﴾ أن يكون المبيع والتمن مما يصح ﴿بيع أحدهما بالآخر﴾ احترازا مما نهى عن بيع أحدهما بالآخر: إما على جهة الإطلاق كبيع الرطب بالتمر لغير المرأيا أو لأجل التأجيل كبيع البر بالشعير نسيئا أو لغير ذلك كبيع اللحم بالحیوان الذى يؤكل لحه وسيأتي ^(٢) تفصيل ما لا يجوز بيعه .

﴿و﴾ ﴿الشرط الرابع﴾ أن يقع العقد و ﴿المبيع موجوداً فى الملك﴾ أى ملك البائع أو ملك من باع عنه البائع كالصبي فلو لم يكن موجوداً فى ملك من ذكر لم يصح العقد إلا فى مستثنتين وهما السلم بشرط قبض الثمن فى المجلس كما سيأتى فى بابه، وكذا بيع ما فى الذمة ممن هو عليه بشرط قبض الثمن قبل افتراقهما لئلا يكون من بيع الكالى بالسكالى إلا أن يحيل به على غيره صح ما لم يكن الذى فى الذمة من صرف أو سلم فإنه لا يصح بيعه .

﴿الشرط الخامس﴾ أن يكون المبيع ﴿جائز البيع﴾ احترازا من بيع المدبر وأم الولد فإنه باطل وبيع الأمة قبل استبرائها والتفريق بين ذوى الأرحام المحارم فى الملك فإن البيع فى هاتين الصورتين فاسد . أما بيع السلاح من الكفار وإن كان بيع ذلك غير جائز فإنه يصح . وكذا بيع ما لا يتم الواجب إلا به كالثوب والماء المحتاج إليهما فإنه يصح وإن كان غير جائز . وأما بيع ما يقتل كثيره وقليله كالسم فلا يجوز إذ لا نفع فيه ويجوز بيع ما لا يقتل قليله ويقتل كثيره كالزعفران ونحوه .

﴿ويكفى فى المحقر﴾ وهو ما قيمته دون ربع مثقال ^(٣) عند بيعه أو إجارته

(١) فى فصل ١٩٩ هـ .

(٢) فى فصل ١٩٩ وفصل ٢٠٠ هـ .

(٣) وهو الصحيح فى قدر المحقر، ويصح من الريال التعامل به الآن ثمن ريال ونصف الثمن وبقيس الأربم هـ .

من الألفاظ ﴿ ما اعتاده الناس ﴾ نحو أن يسأله كيف تباع هذا فيقول كل رطل بكذا فيقول بعد ذلك زن لي بهذا الدرهم أو نحو ذلك ، فإنه متى وزن نفذ البيع وكذلك ما أشبهه من مكيل أو غيره إذا كان محقراً ولا يلزم البيع بمجرد قوله زن أو كل بعد ذكر الثمن بل لا يلزم إلا بعد الكيل أو الوزن إلا أن يجري عرف بذلك ، فلو قال زن بهذا الدرهم ولم يبين كم وزن أو قال زن رطلا ولم يبين بكم كان للمشتري الخيار ولو بعد الوزن .

﴿ واعلم ﴾ أن المحقر تلحقه الإجازة وتثبت فيه الشفعة والخيار ولا يلزم أن يكون ثمنه من الدراهم ويدخله الربى ولعله في غير المعاطاة من بيعه لأنه لا ربي في المعاطاة . قال في فتح الغفار وشرحه : « و » يكفي « في البيع الضمني إسماعيل » من الآخر كأعتق عبدك عن كفارتك فيساعد الآخر فيقول أعتقت فيلزم بذلك البيع لأن سؤاله متضمن للإيجاب وامتنال الآخر متضمن لقبول البيع والوكالة فكأنه قال بعه مني بكذا أو أعتقه عني ، ومثله أن يقول مالك المبد أعتق أنا عبدك عن كفارتك فيقول الآخر أعتق أو نعم فإنه إذا أعتقه كان بيعاً ، فنعم قائم مقام قوله إعتق عبدك عن كفارتك وقول مالك المبد أعتقت قائم مقام القبول للبيع والوكالة ، وكذا لو قال مالك المبد أعتق أنت عبدك عن كفارتك فقال أعتقت . قال في البيان : « ثم تجب قيمة ذلك للمالك على المسكر إن شرطت أو سكت عنها وإن شرط على ذلك قدر معلوماً أو شيئاً معيناً لزم وإن شرط عدم الموضع صح ولم يجب » .

(فصل)

﴿ ١٩٥ ﴾

واعلم أن البيع والشراء ﴿ يصحان من الأعمى ﴾ وسواء كان العمى طارئاً^(١) أو أصلياً فلو عاد إليه نظره فلا خيار له في الضياع وغيرها لأن الوصف قائم مقام الرؤية

(١) والمراد بالطارئ ما كان بعد معرفة المبيع والأصل خلافه اهـ .

ولكن يتضيق خياره عند حصول الوصف له في الضياع والدور ونحوها أو حصول اللبس في الثياب ونحوها أو الذوق في الطعومات أو الجلس في الحيوانات ونحوها وهو الصحيح من المذهب فإن رده فوراً وإلا بطل خياره . ﴿ و ﴾ يصح البيع والشراء من ﴿ المصمت ﴾ وهو الذي اعتقل لسانه عن الكلام . ﴿ و ﴾ يصحان من ﴿ الآخرس ﴾ وهو الذي يجمع بين الصمم والعجمة، والأعجم الذي يسمع ولا يتكلم فتصح عقودهم كلها بالكتابة و ﴿ بالإشارة ﴾ التي تفهم مراده فأما الإشارة من الصحيح فلا حكم لها ﴿ و ﴾ يصح منهم ﴿ كل عقد ^(١) إلا الأربعة ﴾ وهي الشهادة والإقرار بالزنا والقذف والرابع الإيلاء والامان، وقد جمعت نظماً :

شهادة ثم إقرار بفاحشة قذف لعان لزوجات وإيلاء

فالنطق في هذه الأشياء معتبرٌ ليست كسائر ما يكفيه إيماء

ويلحق بها الظهار: أما الإفالة والكتابة للعبد والإقرار بالقتل فتصح من الآخرس كسائر الإنشاءات . ﴿ و ﴾ يصح البيع والشراء أيضاً ﴿ من مضطر ﴾ إليهما لقضاء دين أو لأجل أن يشتري شيئاً آخر وكذا لو طرد من بلدة فلم يتمكن من ماله فباعه ونحو ذلك من أوجه الضرورة فإنه يصح عقد المضطر ﴿ ولو غبن ﴾ غبنا ﴿ فاحشاً ﴾ فلو أن رجلاً في يده مال لغيره يقر به سراً ويججده علانية ولم يتمكن منه ذلك الغير فباعه صح البيع وكذا بيع المرأة التي لا تتمكن من بيع مالها لامتناع قرابتها فإذا باعته صح البيع ولو غبنت غبنا فاحشاً ﴿ إلا ﴾ أن يكون الاضطرار ﴿ للجوع ﴾ أو لمطش أو لحر أو لبرد أو لركوب مفازة أو لمرى بحيث يخشى على نفسه أو عضو منه التلف

(٢) صوابه كل إنشاء ليكون الاستثناء متصلاً لأن هذه ليست عقوداً فهو استثناء

منقطع .

(١) وقد جملاً واحداً لكونهما عينا .

في الحال فإنه لا يصح بيعه^(١) حينئذ . ولا شراؤه إن غبن غبنا فاحشا وكذلك لا يصح البيع مع الغبن الفاحش لو خاف البائع تلف نفسه أو هلاك غيره ممن تلزمه نفقته أو سد رمقه إلا أن يجد المضطر في الميل من يشتري ذلك بقيمته صح البيع بالغبن الفاحش لو باعه به . والغبن الفاحش هو ما زاد على نصف عشر القيمة حال العقد أما لو باع المضطر طعامه أو شرابه فإنه يصح ولو خشى التلف ولكنه يأثم ، وكذلك باع ما لا يتم الواجب إلا به كإه الوضوء أو ثوب الصلاة فإنه يصح ويأثم مع ضيق الوقت .

﴿ و ﴾ يصح البيع والشراء ﴿ من المصادر ولو ﴾ باع ﴿ بتافه ﴾ وهو الشيء الخبير الذي له قيمته كأن يبيع ما يسوى مائة بعشرة فهذا تافه بالنظر إلى المائة ، وقد فسر التافه في شرح ابن مفتاح رحمه الله بما لا قيمة له وفيه نظر إذ المذكور في تفسير التافه أنه الذي له قيمة كما في الصحاح وغيره لأن ما لا قيمة له لا يصح أن يكون مبيعا ولا تمنا ، والمصادر هو من أكره على تسليم مال ظلما فإذا باع ليسلم ما أُلزم بتسليمه صح البيع سواء باع من المصادر له أو من غيره وسواء كان قصد المصادر له أن يضطره إلى البيع أم لا فإنه يصح البيع لأنه لم يكره على البيع وإنما أكره على تسليم مال ظلما .

﴿ و ﴾ يصح التصرف بالبيع والشراء ﴿ من ﴾ الصبي المميز غير المأذون من وليه ويصح من العبد ﴿ غير المأذون ﴾ من ماله إذا كان أحدهما ﴿ وكيلًا ﴾ لغيره أو فضوليا عن الغير وتلحقه إجازة من تصرف عنه ولكن ﴿ لا عهدة عليه ﴾ أي على غير المأذون في حقوق المبيع بخلاف الوكيل صحيح التصرف فإن عهدة المبيع عليه إذا لم يضاف كما سيأتي . ﴿ و ﴾ يصح البيع والشراء ﴿ بالكتابة ﴾ من الصحيح ومن الأخرس

(١) والحيلة في صحة بيع المضطر أن يشعه إذا كان حائما هو أو أولاده وزوجاته ثم

ويكونان صريحين في ذلك إذ لا كناية في المعاملات، وكذا بالرسالة ولو كانا في مجلس أو مجالس إذا حصل القبول في مجلس المرسل أو المكتوب إليه كما مر في النكاح .

﴿ ولا ﴾ يصح ﴿ أن يتولى الطرفين واحد ﴾ في البيع والشراء ، وكذا في كل عقد اشتمل على مالين من كلا الطرفين كالإجارة والهبة بموض مشروط والصلح بالمال ﴿ أو ما في حكمه ﴾ أى حكم الواحد وهو أن يوكل ولى الصغير وكيلًا يشتري منه مال الصغير أو يشتري للصغير من الولى فإن ذلك لا يصح لأن وكيل الولى قائم مقامه وسواء كان الولى هو الأب أو الجد أو الوصى أو الحاكم أو الإمام ولكن إذا أراد الولى أن يبيع إلى الصغير أو يشتري من مال الصغير لمصلحة فإنه يبيع إلى الغير ثم يشتري لنفسه أو للصغير منه بعد أن يقبضه الغير فلو امتنع المشتري من بيعه كان له استرداده إذ ثبت للولى الخيار لأن المبيع إليه على عوض ولم يحصل ، وللولى أن يشتري مال الصغير من الإمام أو الحاكم أو يبيع منه للصغير لأن لها الولاية فيما كان لا يصح من الولى ، وكذا للولى أن يأخذ ذلك من الضبي من باب الماطاة وتلحقها بالإجازة كالبيع .

﴿ ١٩٦ ﴾ (فصل)

في بيان ما يلحق بعقد البيع والشراء ﴿ و ﴾ اعلم أنه ﴿ يلحق بالعقد ﴾ أمران وهما ﴿ الزيادة والنقص للمعومان ﴾ قدرهما حال العقد أو بعده. وتعلق الزيادة أو النقص في أحد أمور أربعة ﴿ في المبيع والثمن والخيار والأجل مطلقاً ﴾ يعنى سواء كانت الزيادة أو النقص في أى الأربعة قبل قبض المبيع أو بعده في مجلس التعاقد أو بعده فإنه يصح .

﴿ أما الزيادة في المبيع ﴾ فتحو أن يبيع منه عشر شاة بمائة درهم فلما تم العقد - سواء تفرقا أولا - قال البائع قد زدتك هذه الشاة أو غيرها من جنس المبيع أو من غيره

قبل تلف المبيع أو بعده وسواء كانت الزيادة من المالك أو الوكيل المفوض أو الولي لمصلحة أو الفضولي وأجاز المالك البائع أو المتولى، وسواء ذكرت للمشتري أو للغير وإذا ذكرت للمشتري ثبت لها حكم المبيع فيصح رد المبيع بالعيب الحاصل فيها لأن حكم الزيادة حكم الزيد في الرد بالخيارات والرجوع على البائع إذا استحققت للغير كما سيأتي، ولا تفتقر الزيادة إلى قبول بل يكفي فيها عدم الرد في المجلس . ﴿ وأما الزيادة في الثمن ﴾ فكان يقول المشتري بعد انبرام العقد للبائع قد زدتك في الثمن هذه الدرهم فيستحقها البائع وتثبت لها أحكام الثمن وتلحقها الإجازة إن كانت من فضولي ﴿ وأما الزيادة في الخيار أو في تأجيل الثمن ﴾ فنثال ذلك أن يكون لأحدهما مدة معلومة فلما تم العقد أو انقضت المدة قال من إليه الخيار أو من إليه الأجل في الثمن قد زدتك شهراً أو نحو ذلك ، وقس النقص على الزيادة في البيع والثمن والخيار والأجل . وإذا ذكر شيء منها قبل العقد لزم إن جرى عرف لأن التواطأ عليه كالنطوق به حال العقد . ويمتد في الزيادة والنقص أمور أربعة : أن تكون أيهما معلومة لا مجهولة ، وأن لا تقع بعد موت أحد المتماقين ، وأن لا يقتضى شيء منهما الربى ، والرابع أنهما تلحقهما الإجازة إن حصل من فضولي فأجاز من له الإجازة .

و ﴿ لا ﴾ تلحق ﴿ الزيادة ﴾ في الثمن ﴿ في حق الشفيع ﴾ ومثله الخيار والأجل كما سيأتي لأنه يلزم تمجيل الثمن المؤجل . والزيادة في الخيار نحو أن يكون الخيار للبائع ثم إن المشتري زاد له يوماً أو أكثر فإن الشفيع يشفع ولا عبرة بزيادة الخيار . وأما نقصانه فيصح لأنه قريب لحقه ، وأما الزيادة في المبيع فإنها تلحق في حق الشفيع فيأخذ المبيع مع الزيادة على ما سيأتي تفصيله في كتاب الشفعة إن شاء الله تعالى . وأما النقصان في المبيع فإن كان قبل طلب الشفعة صح وأخذ الباقي بمحضته . وإن كان بعد الطلب لم يصح .

﴿و﴾ إذا اشترى شيئاً وأجل تسليم ثمنه وأطلق ابتداء الأجل فيكون ﴿أول مطلق الأجل وقت القبض﴾ فلو قال بعت منك وأجلتك بالثمن شهراً فإن أول الشهر يكون من يوم القبض للبيع إن لم يريد أن ابتداءه من وقت البيع ولا جرى به عرف، فإن أراد أنه من وقت البيع أو جرى عرف كان من وقت البيع، وكذا لو كان المبيع في يد المشتري قبضاً كان من يوم البيع، وهذا كله إذا كان المقصد صحيحاً لا فاسداً فلا يصح التأجيل. وأما الخيار فأول مطلقه من وقت الجعل، فلو قال بعت منك ذلك الخيار شهراً كان أوله من يوم جعل الخيار.

﴿١٩٧﴾ (فصل)

في أحكام المبيع والثن والفرق بينهما : ﴿و﴾ اعلم أن المبيع يخالف الثمن في ستة أحكام . ﴿الأول﴾ أن ﴿المبيع﴾ يجب أن ﴿يتعين فلا يصح﴾ أن يكون ﴿معدوماً﴾ حال العقد وإذا تعين وجب تسليمه بعينه فلو باع شيئاً معدوماً في ملكه كان البيع فاسداً ﴿إلا﴾ في صورتين : « الأولى » ﴿في السلم﴾ لأن من شرط السلم فيه أن يكون معدوماً في ملك البائع كما سيأتي تفصيله في بابه « والثانية » ﴿أو﴾ كان المبيع معدوماً لازماً ﴿في ذمة مشتريه﴾ نحو أن يهر زوجته عبداً في ذمته فإنه يصح أن يشتريه ولو كان معدوماً ويشترط في صحة بيع مافي الذمة أن يقبض الثمن في المجلس وأن يكون البيع ممن هو في ذمته ولو بالضمان وأن لا يكون من ثمن صرف أو سلم . ﴿و﴾ ﴿الحكم الثاني﴾ أنه ﴿لا﴾ يصح أن ﴿يتصرف﴾ المشتري ببيع أو هبة أو إجارة أو نحوهما ﴿فيه﴾ أي في المبيع ﴿قبل قبضه﴾ ما لم يكن التصرف استهلاكاً كالعتق ونحوه والوقف ونحوه وذبح الهيمة وكسر الإناء ونحو ذلك فيصح وسيأتي تفصيله . والتصرف بنفي الاستهلاك يجوز ولا يصح إلا في السلم والصرف

فلا يجوز ولا يصح . اما فوائد البيع فيجوز التصرف فيها قبل قبضها .

﴿ و ﴾ ﴿ الحكم الثالث ﴾ أنه ﴿ يبطل البيع بتلفه ﴾ فإذا تلف البيع حساً لا حكماً بغير فعل المشتري وكان تلفه قبل القبض بطل البيع ، فإن تلف بمض البيع بطل البيع في التلف ، وللمشتري الخيار في الباقي : إما الفسخ أو يأخذه بمحضته من الثمن ، أما لو تلف المبيع حكماً فلا يبطل كما لو ذبح البقرة فهي باقية في ملك المشتري ويلزم البائع الأرض ما بين القيمتين إن لم يختَر المشتري الفسخ .

﴿ واعلم ﴾ أن التلف رافع لملك المشتري فيرجع الملك للأول لا أنه كاشف عن ملكه ، فلو أعتق البائع العبد المبيع بعد البيع ثم قتل قبل القبض استحق البائع القيمة من القاتل ولا حكم لإعتاقه وكذا سائر تصرفاته .

﴿ و ﴾ ﴿ الحكم الرابع ﴾ أنه يبطل البيع بـ ﴿ استحقاقه ﴾ أي البيع للغير ولم يجز البيع من هوله فلو جاز صح إذ هو قبل الاجازة موقوف مثاله أن يشتري سيفاً أو نحوه فينكشف أنه ملك لغير البائع فيبطل البيع إلا أن يجوز المالك فيصح .

﴿ و ﴾ ﴿ الحكم الخامس ﴾ أنه ﴿ يفسخ معيبه ﴾ إذا انكشف ان فيه عيباً وكذا يثبت فيه سائر الخيارات .

﴿ و ﴾ ﴿ الحكم السادس ﴾ أنه مهما استحق أو فسخ فإنه ﴿ لا يبدل ﴾ بغيره ويسلم إلى المشتري بل يرد إليه الثمن ﴿ غالباً ﴾ احترازاً من السلم فيه لو استحق أو فسخ بسبب فإنه يبدل . .

﴿ و ﴾ ﴿ أحكام ﴾ ﴿ الثمن ﴾ ليس كالبيع في هذه الأحكام بل ﴿ عكسه ﴾ في ذلك ﴿ يعني عكس أحكام المبيع التي مرّت فيصح الشراء ولو كان الثمن معدوماً في ملك المشتري ويصح التصرف فيه قبل قبضه مالم يعين ، ولا يبطل العقد بتلفه قبل التسليم حيث عين وهو نقد لا مثلي فهو مبيع ، وإذا كان الثمن من النقود وعين ثمناً (التام المذهب - ٢١ - ن)

ثم وهبه البائع للمشتري قبل القبض أو قبضه بغير إذن المشتري فلا تصح الهبة إلا بعد القبض ولا يصح القبض إلا بإذن المشتري .

وقوله ﴿ غالباً ﴾ احتراز من ثمن الصرف وثنى السلم فيه فإن له من أحكام المبيع أنه لا يجوز التصرف فيه قبل قبضه لأن من شرط صحته القبض قبل التفريق .

﴿ فرع ﴾ وإذا بيع النقد بالنقد فله من أحكام المبيع أنه لا يصح التصرف فيه قبل قبضه ، وباق أحكامه من أحكام الثمن ، ولا يضر كونها معدومين حال العقد ولكن لابد من التقابض قبل التفريق .

﴿ ومن أحكام الثمن ﴾ إذا كان نقداً وهو دين في ذمة الغير واشترى به صاحبه شيئاً من غير من هو عليه صح ، وهذا بخلاف ما إذا كان مثلياً أو عرضاً في الذمة فإنه لا يصح .

﴿ ومن أحكام الثمن ﴾ أن يصح أن يكون منفعة معلومة كخدمة أو سكنى دار فيثبت للمبيع حكمه وللمنفعة حكم الاجارة لأن الاجارة تصح بلفظ البيع إذا وقع العقد على منفعة .

﴿ ومن أحكام الثمن ﴾ أنه يصح أن يكون في ذمة المشتري غير مقبوض قبل التفريق ، ولكن إن كان نقداً فطلقاً إلا في السلم والصرف فلا بد من القبض قبل التفريق وإن كان مثلياً فيشترط أن يكون المبيع قيمياً أو مثلياً يجوز فيهما النساء كميكل بموزون أو المكس لا ميكلًا بمكيل ولا موزونًا بموزون لأنه لا يجوز نساء .

﴿ بيان ما يكون مبيعاً وما يكون ثمناً من الأشياء ﴾ إذا قابل بمضاه بمضاه في التبايع : ﴿ و ﴾ اعلم أن ﴿ القيمي ﴾ من الأراضى والدور ونحوها لا يكون إلا مبيعاً مطلقاً سواء عين أم لا ولو قابل بمضاه بمضاه فله حكم المبيع لا حكم الثمن ، فلا يصح أن يكون في الذمة إلا في السلم أو إذا كان ديناً على المشتري من قبل الشراء وكان من غير السلم . . ﴿ والقيمي ﴾ هو ما اختلفت أجزاؤه وكثر التفاوت

فيه وليس له مثل في الصورة ولا مقدار يقدر به .

﴿والمثل﴾ حقيقته عكس القيمي : فهو ما اتفقت أجزاؤه وقل التفاوت فيه وله مثل في الصورة وضبط بمكيال أو بميزان لا بعدد . « واعلم » أن القيمي يثبت في الذمة في أربعة عشر موضعا وهي :

مهرٌ وخلعٌ وإقرارٌ وتركيةٌ هدىٌ وأضحيةٌ كفارةٌ سلمٌ
وصيةٌ ثم نذرٌ موجبٌ ديةٌ كتابةٌ وجزالةٌ لازمٌ ودُمٌ

ففيما ذكر يثبت القيمي في الذمة، أما لو باع أو اشترى أو وهب أو أجر أو تصدق بقيمي لا يملكه في الحال فإنه لا يثبت في الذمة ولا يصح لكونه قيما غير موجود .

قال الإمام عليه السلام ﴿و﴾ كذلك ﴿المسلم فيه مبيع أبدا﴾ سواء كان مثليا أو قيما مما يصح السلم فيه فإنه مبيع ولو تقدأ بشرط أن لا يكون ثمنه من النقدين ولا موزونا فإنه يكون مبيعا، أما لو كان ثمنه من النقدين فلا يصح السلم فيه .

﴿و﴾ كذلك ﴿المثل﴾ يكون مبيعا إن كان ﴿غير النقذ﴾ وهو الكيل والموزون وسبائك الذهب والفضة إذا كانت غير مفشوشة ولكن لا يكون مبيعا إلا بأحد أمرين : ﴿الأول﴾ ﴿إن عين ذلك﴾ المثل كان يقول بت منى هذا الطعام أو

ذلك الطعام بهذه السلعة أو بكذا مكالا أو رطلا فإنه يكون مبيعا مع التعيين وكذا ماق الذمة منه فإنه كالعين فيكون مبيعا ، ولكن لابد من قبض الثمن قبل الافتراق لئلا يكون من بيع الكالي بالكالي . ﴿الأمر الثاني﴾ ﴿أو قول﴾ ذلك المثل

﴿بالنقد﴾ فإنه يكون مبيعا كبت منك هذا الطعام بكذا دراهم ، وكذا لو كان في ذمته عشرة أصوع شعيراً فيقضى الغريم بها عشرة دراهم فإن ماق الذمة يكون مبيعا ولكن لابد أن قبض الدراهم قبل الافتراق . ﴿وأ﴾ ن ﴿لا﴾ يعين المثل ولا قابله تقدأ ﴿فثمن أبدا﴾ يعني في جميع الحالات نحو بت منى هذا الثوب بعشرة أصوع برا فإن البر ثمن ، وكذا لو كان مكان الثوب عشرة أرطال عسلا أو سمنا وكذا

لو كان مكانه عشرة أصوع شعيراً مشاراً إليها أو غير مشار إليها مع وجودها في الملك
ولكن لا بد من القبض قبل الافتراق ﴿كالنقدين﴾ أى كما أن النقدين ثمن
أبداً أى في جميع الصور فإن المثل حيث لم يعين ولا قوبل بنقد يكون مثل النقدين
ثمناً أبداً .

﴿والحاصل﴾ أن الدراهم والدنانير أثمان بكل حال إلا أن تكون مسلماً فيها
فبيع، والقيمي مبيع على كل حال وإن قابل بمضه بمضاً ، وأما المثل فإما أن يكون
معيناً أولاً ، فإن كان معيناً فهو مبيع سواء قابله قيماً أم مثلياً أم نقد^(١) وإن لم يكن
معيناً فإن كان ديناً في الماضي أو في المستقبل وقابله نقد فهو مبيع ، وإن قابله مثلياً أو
قيماً فثمن .

﴿فصل﴾

﴿١٩٨﴾

في بيان من تجوز معاملته بيعاً وشراءً وتأخيراً، وما يجوز بيعه مما يقع فيه بعض
إشكال كبيع الحر والفهد إذا كان فيهما أى نفع :

﴿و﴾ اعلم أنه ﴿يجوز معاملة الظالم﴾ وهو من يأخذ أموال الناس ظلماً، ونحو
الظالم وهو من ملك شيئاً من وجه محظور كالبنى وأهل الإرتشاء فيجوز معاملتهم
مطلقاً أى سواء كانت المعاملة ﴿بيعاً وشراءً﴾ أم غيرهما من المعاملات . وإنما
يجوز ذلك ﴿فيما لم يظن تحريمه﴾ من منسوب أو غيره، فأما فيما علم أو ظن أنه في يده
حرام فإنه لا يجوز أن يعامل فيه بلا إشكال إلا إذا كان مالك المنسوب غير معين
والشترى ممن يجوز له الصرف من بيت المال فإنه يجوز له التوصل بالشراء وغيره .
ولا إشكال أيضاً في جواز معاملته فيما علم أو ظن أنه حلال، وكذا لو التبس ما في يد

(١) . وما في التمة كاليمين آه .

الظالم هل هو حلال أم حرام فإنها تجوز معاملته ، وكذلك لو التبس الشخص الظالم بين قوم ولو منحصرين فإن المعاملة جائزة .

﴿ و ﴾ تجوز معاملة ﴿ المبد و ﴾ الصبي ﴿ المميز ^(١) ﴾ بيماً وشراء منهما ﴿ فيما لم يظن ﴾ المعامل لهما ﴿ حجرهما ﴾ ولو لم يظن إذهبهما إذ العبرة في جواز معاملتهما عدم ظن الحجر لا العادة والعرف فهما ظن حجرهما لم يجز أن يعاملهما إلا على أن يكون العقد موقوفاً على إجازة المولى أو الولي . ﴿ وهو بالحظر ﴾ بمعنى أنه إذا انكشف أن ما باعه الظالم أو اشتراه ملك فلان لم ينفذ العقد بل يكون موقوفاً على إجازة المالك ، وكذلك لو انكشف حجر المبد أو المميز بقى العقد موقوفاً على إجازة المولى أو الولي .

﴿ و ﴾ يجوز أيضاً معاملة ﴿ ولي مال الصغير ﴾ وولي المسجد والمجنون والوقف فيما تولاه بيماً وشراء ﴿ إن فعل ﴾ ذلك ﴿ لمصلحة ﴾ الصغير ونحوه أما لغير مصلحة فلا ينفذ العقد ، وإن التبس الحال فسيأتي تفصيل ذلك ، والمصلحة نحو أن يبيع المال لـ بن أو وصية أو غشمية الفساد أو لبطلان المنفعة أو لحقارته ليشتري أنفع منه ، ويقدم من المال الأصلح يبعه وإذا قصر في تحرى المصلحة ضمن ، وإن لم يقصر فلا ضمان عليه إلا إذا أنفق المال على الصغير وهو مستغرق بدين مورثه فإنه يضمن مطلقاً إذا لم يكن للصغير مال آخر فإن كان له فلا يضمن .

﴿ و ﴾ ولي مال الصغير ﴿ هو أبوه ﴾ الحر العدل فلا ولاية لأحد مع وجوده ﴿ ثم ﴾ إن عدم الأب كان الولي ﴿ وصيه ﴾ أى وصى الأب إن كان حراً عدلاً ولو أنشئ فلا ولاية لغيره مع وجوده . ﴿ ثم جده ﴾ يعنى جد الصغير وإن علا ﴿ ثم ﴾ وصيه ﴿ أى وصى الجد ، والجد ووصيه أولى من وصى وصى الأب ، وهذا أولى من وصى وصى الجد ﴾ ثم الإمام أو الحاكم ومنصوبهما ﴿ يعنى من نصبه الإمام

(١) تقدمت حقيقته بهامش آخر فصل ١١٧ اهـ

أو الحاكم على مال الصغير فهو أولى من غيره من المسلمين ولكنه متول عنهما فينزل بموتهما أو عزلهما، ثم إذا لم يوجد أحد من هؤلاء فالى من صلح من المسلمين مع العدالة وحسن التصرف . فهو لأهم أولياء مال الصغير على هذا الترتيب ، فلا ولاية للأخ مع وجود من قبله . أما الأم فلا ولاية لها إلا إذا كانت مرشدة من جهة الصلاحية أى من صلح لشيء فعلة مع عدم وجود الإمام والحاكم فهى مثل سائر المسلمين .

﴿ والقول له فى مصلحة الشراء ﴾ أى القول قول الولى فى أن الحظ للصبي فى الشراء فلا يحتاج البائع منه أن يبحث عن المصلحة للصبي فى الشراء إذا كان الشراء بنقد أو منقول وكان الولى غير مؤجر فى الشراء ﴿ و ﴾ كذلك القول قول الولى أن الحظ للصبي فى ﴿ بيع ﴾ ما هو ﴿ سريع الفساد ﴾ كاللحم والفاكهة وما أشبههما مما يفسد قبل بلوغ الصبي ، ولو كان غير منقول فلا يحتاج المشتري أن يبحث عن المصلحة للصبي لأن القول قول الولى فى بيع ذلك لا فى شرائه .

﴿ و ﴾ كذلك القول قول الولى فى بيع ﴿ المنقول ﴾ كالثياب والحيوان ونحوهما من المنقولات ، فلا يحتاج المشتري إلى البحث عن المصلحة للصبي فى بيع ذلك لأن الظاهر المصلحة فى ذلك ، فهذه الأمور تجوز مع اللبس من غير بحث إلا إذا غلب الظن فى عدم المصلحة للصبي وجب البحث حينئذ . وأما ماعدا ذلك مع اللبس فالظاهر عدم الصلاح فى جميع الأولياء لا فرق بين الأب وغيره والإمام وحاكمه فيكون القول قول الصبي بمد بلوغه إذا أنكر المصلحة ، والبينة على المشتري واليمين على الصغير البالغ أنه لا يعلم ولا يظن المصلحة ، وكذلك لو بلغ وأنكر البيع .

﴿ و ﴾ القول قول الولى ﴿ فى الإنفاق ﴾ ^(١) أى فى أنه قد أنفق على الصبي ماله إذا كان فى وقت يمكن فيه إنفاقه عادة ويختلف ذلك باختلاف قلته وكثرته ، وكذا لو ادعى أنه أنفق على الصبي من مال نفسه بنية القرض له فالقول قوله قبل بلوغ

(١) إذا كان الإنفاق من المنقول وإلا فعليه البينة اهـ .

الصبي أما بعد^(١) البلوغ فعليه البينة . ﴿و﴾ أيضاً القول قوله في أنه قد وقع ﴿التسليم﴾ إلى الصبي بعد بلوغه ، وإذا ادعى الصبي خلاف ذلك فعليه البينة على إقرار الولي لأن الشهادة على النفي لا تصح .

﴿واعلم﴾ أنه لا يكون القول قول الولي إلا إذا كانت عمله بغير الأجرة على الوصاية لأنه أمين وحيث يكون بالأجرة فعليه البينة .

﴿ولا﴾ يجوز ﴿الشراء﴾ وسائر التصرفات كالمهدية والصدقة والنذر ونحو ذلك ﴿من وارث﴾ ميت أو لنائب مع مضي عمره الطبيعي ﴿مستغرق﴾ ماله بالدين فلا يجوز الشراء ونحوه منه حيث ﴿باع﴾ التركة ﴿لا للقضاء﴾ عن الميت ، فإن كان للقضاء جاز وصح^(٢) فلو تلف الثمن قبل قبض الغرماء له بلا جناية منه ولا تفريط فلا ضمان عليه وإلا ضمن . ولا يصح بيعه للقضاء إلا حيث لا وصي أو كان ثم وصي وقد تراخى وإلا فالولاية إلى الوصي . وإذا كانت التركة مستغرقة بالدين فليس للوارث أن ينتفع بها على وجه الاستهلاك لها ويجوز له على وجه لا ينقص من قيمتها كزرع الأرض إلا إذا كان الدين أكثر من التركة ضمن الوارث قيمة المنفعة للغرماء . أما لو باع ذلك الوارث لا للقضاء فلا يجوز الشراء منه ويمضي المشتري بقبض المبيع منه . ﴿و﴾ يكون ذلك العقد موقوفاً ﴿ينفذ بالإيفاء أو الإبراء﴾ من الغرماء للميت لا للورثة فإذا قضاهم الوارث أو أبرأوا الميت من دينهم نفذ البيع وإلا لم المشتري رده ولا ينفذ العقد بالإجازة من الغرماء ، وهذا بخلاف الحجر كما سيأتي ، وهذه المسئلة مبنية على أن الوارث ليس بخليفة للميت وهو المختار بمعنى أنه لا ينتقل دين الميت ، إلى ذمته ولا يملك التركة إلا بعد تخليص أهل الدين أو إبرائهم ، ولكن يكون له ملك ضعيف ولذلك ينفذ تصرفه بالإيفاء أو الإبراء أو يبرأ الناصب أيضاً بمجرد الرد إلى الورثة .

(١) قيل ويكون الدعي عليه الحاكم أو الإمام لأن مالا يصح أن يتولاه نفسه يتولاه الحاكم أو الإمام كما قالوا إن له أن يشتري مال الصغير من الحاكم أو الإمام كما تقدم اهـ .
(٢) والقول قوله في أن البيع للقضاء اهـ .

أما ما كان زائداً على الدين فيكون خليفة للميت فيه، ولكن يشترط في نفوذ تصرفه في الزائد قضاء الدين .

﴿مسئلة﴾ لو كان ربع التركة مستغرقاً بالدين فباع الوارث ربماً ثم ربماً ثم ربماً ثم أنه تلف الربع الرابع بطل البيع في آخر صفقة لتعلق الحق للفرءاء بها بمصد بيع الربعين الأولين، فإن التبتت الأخيرة كان كالتباس الأملاك: للفرءاء ثلث وللمشتري ثلثان .

﴿قائدة﴾ فلو مات عن ابنين وعليه دين ، ثم مات أحد الابنين عن ابن ، ثم إن من له الدين أبرأ كان الإبراء للميت وتكون التركة بين الابن وابن الابن نصقين وهذا مبنى على أن للوارث ملك ضعيف كما هو الصحيح .

﴿و﴾ ﴿أما ما يجوز بيعه﴾ فاعلم أن ﴿بيع كل ذى نفع﴾ في الحال أو في المال ﴿حلال جائز﴾ وذلك نحو دود القز ويضنه وما أشبهه مما فيه منفعة حلال كالقرد ، وكذلك الديدان والدباب والنحل بعد موتها بغير فعله لتكون لفرءاء الدجاج . وقوله ذى نفع إشارة إلى ما لا نفع فيه كالحمر الوحشى والخفاش^(١) والمقارب والحيات والفيران ، فهذه لا يجوز بيعها ولا يصح لعدم النفعة، وأيضاً لا يجوز ولا يصح بيع ما يقتل قليله وكثيره كالسم ونحوه إذا كان لا يستعمل إلا للقتل وليس له فائدة . وأما ما يقتل كثيره ولا يقتل قليله كالزعفران فيجوز بيعه . وقوله حلال يحترز مما منفعتة غير حلال كالزماير والأدفاف وما أشبهها فلا يجوز بيعها ، ويجوز بيع الطيور ولو للتلذذ بأصواتها كالقمرى والحزار ، أو بصورتها كالطاووس .. ومهما كان الشيء ذا نفع حلال جاز بيعه ﴿ولو﴾ بيع ﴿إلى مستعمله في معصية﴾ إن لم يقصد بيعه للمعصية، وذلك نحو أن يبيع العنب إلى من يتخذة خمرأ ، والخشب إلى من يصنعها مزامير

(١) بتشديد الفاء واسمه بلسان العرف « الزرط » وأبو خصيفان اهـ .

وما أشبه ذلك لكن ذلك مكروه ، أما لو قصد بيعه للمعصية كان محظوراً ولكن يصح البيع . ﴿ غالباً ﴾ احترازاً من بيع السلاح والكراع^(١) والطعام والبارود والرصاص ونحو ذلك ولو من الجهة الاقتصادية إذا هو أضر فإنه لا يجوز بيعه إلى من يستعمله في حرب المسلمين أو مضرتهم من كافر أو باغ أو نوحوا ، كقطاع الطريق ولا إلى من يبيعه ممن يضر المسلمين لأنه متمتع في سبب السبب ، إلا أن يبيعه بأفضل منه من جنسه أو من غير جنسه كآلة الحرب ﴿ وحاصل الكلام ﴾ في ذلك أن شراء السلاح والكراع من الكفار ونحوهم جائز إذا عوض بغيره أو بأدنى منه . وأما بيع ذلك أو غيره منهم فإن كان لا مضرة على المسلمين جاز أيضاً وإن كان ثم مضرة ولو من الجهة الاقتصادية أو غيرها فلا يجوز ولكنه يصح سواء قصد نفع نفسه أم لا . ﴿ أو ﴾ يبيع إلى من يستعمله في أمر ﴿ واجب كالمصحف ﴾ وكتب الحديث من المسلم ونحو ذلك كالأداء لمن يتوضأ والتوب لمن يصلي فإنه يصح بيعه ويجوز ، ولكن في المصحف ونحوه يكون المقدمتاً أولاً للجلد والورق . ولا يجوز بيع المصحف ونحوه من الكافر لأنه لا يرى حرمة .

﴿ واعلم ﴾ أنه يرد من المصاحف والكتب بالغلط الزائد على المتاد وهو ما ينقص القيمة ويميل فيه بقول عدلين أنه ينقص القيمة لأن الكتابة صفة مقصودة ، وكذا لو كان المداد فيها يتقشف أو يلصق بمضه يبيض فإنها ترد لأن ذلك عيب إذا نقصت به القيمة . ﴿ و ﴾ يصح بيع الشيء ﴿ من ذى اليد ﴾ الثابتة عليه كالستير والوديع والمستأجر والمرتهن والغاصب . ﴿ ولا تكون ﴾ اليد الأولى ﴿ قبضاً ﴾ فلا تكفى في صحته قبضه بل لابد من تجديد القبض بمد البيع بغير التخلية فالتفول وغيره بالتصرف فيه فلو تلف البيع قبل القبض لم يضمه الذي هو في يده وهو المشتري لأنه قد صار

(١) اسم يطلق على الخيل والبغال والحمير . وأوضح من هذا بهامش آخر فصل ٦٣ ٨١ .

في يده أمانة بنفس المقد (إلا في) الشيء (المضمون) عليه بالتضمنين لا بالتعدي كالعارية المضمونة والمستأجر المضمون والرهن إذا كان صحيحاً فإن ثبوت اليد عليها كاف في صحة قبضه، فإذا تلف فهو من مال المشتري لا الأمانة فإنها تحتاج إلى تجديد قبض (غالباً) احترازاً من المصوب والمسروق إذا بيع من الغاصب والسارق فإنه وإن كانا مضمونين لكنه بالتعدي لا بالتضمنين فيحتاج المشتري إلى تجديد قبض، وإذا تلف المبيع قبل القبض فالمختار أنه يتلف من مال البائع ولا يضمه المشتري لأنه قد صار في يده أمانة بنفس المقد فلا يعود فصلاً بعد الأمانة من غير موجب لذلك .

(و) يصبح بيع شيء (مؤجر) من المستأجر وغيره (ولا تفسخ) الإجارة ببيعه بل يستوفى المستأجر مدته ثم يسلمه سواء كانت الإجارة صحيحة أم فاسدة (إلا) أن الإجارة تفسخ في ثلاث صور :

(١) إحداها (أن يباع لعذر) نحو أن يحتاج إلى المبيع أو إلى بعضه ولم يجد غيره إلا ما يستثنى الفلاس، فإذا احتاج إلى نفقة له أو لمن يلزمه نفقته كأبويه وأولاده وزوجته أو كسوة أو دين أو ما أشبه ذلك فإن الإجارة حينئذ تفسخ بنفس المقد ولو رضى المشتري ببقاء عقد الإجارة ولا يحتاج الفسخ إلى حضور المستأجر .

(٢) الصورة الثانية (قوله أو يبيعه) من المستأجر (ولو لعذر) فإن الإجارة تفسخ لتنافي الأحكام ما لم يستثنى البائع المنافع مدة الإجارة أو أكثر .

(٣) الصورة الثالثة (قوله أو) يبيعه من غير المستأجر ولو لعذر أيضاً ثم يميز المستأجر البيع فإن الإجارة تفسخ (بإجازته) وكذلك لو أذن أو سلم المبيع إلى المشتري ولو جاهلاً إذا تقدم المقد لأن عقد البيع فسخ للإجارة من جهة البائع وإجازة المستأجر تكميل للفسخ أما لو باعه واستثنى المنافع مدة الإجارة لم تفسخ الإجارة .

﴿و﴾ إذا باع العين المؤجرة على وجه لا تنفسخ الإجارة كما تقدم فإن ﴿الأجرة﴾ حيث لم يستثنها البائع تكون ﴿المشتري من﴾ يوم ﴿العقد﴾ في الصحيح، وفي الفاسد من يوم القبض^(١) لأن المشتري قد ملك الرقبة والمنفعة، والأجرة هي السهامة، وسواء كان البائع قد قبض الأجرة أم لا لكن ولاية قبضها إلى البائع لأن الإجارة تتعلق به لشبهه بالوكيل غير المضيف وقبض الأجرة من الحقوق، ولا يقال إن الحقوق لا تتعلق بالوكيل إلا بعد القبض لأنه باع وهو مالك .. ومن هنا أخذ المني^(٢) إذا باع المالك الأرض والمستأجر فيها غرامة فإنه يطالبه البائع ولا يرجع البائع على المشتري بما سلمه لصاحب العني، ولصاحب العني حبس الأرض ونحوها حتى يستوفي ماله من الغرامة.

﴿فرع﴾ فلو أبرأ البائع المستأجر من الأجرة فإن البراءة بمنزلة القبض فيلزمه أن يسلم للمشتري القسط من يوم العقد في الصحيح ومن يوم القبض في الفاسد .
﴿واعلم﴾ أن الإجارة حيث لا تفسخ عيب في البيع فيثبت للمشتري الخيار إن جهلها عند الشراء لا لو علم أن المبيع مؤجر فلا خيار له إذا عرف مدة الإجارة وقدر الأجرة، وإن جهلها أو جهل المدة فله الخيار وإن عرف المدة وجهل قدر الأجرة فلا خيار له أيضاً إلا أن يجد في الأجرة غيباً فاحشاً أو كانت الأجرة من غير النقدين فله الخيار أيضاً إن لم يجر التعامل بذلك وإن جرى التعامل فلا خيار له .

﴿و﴾ يصح أيضاً بيع ﴿مجهول العين﴾ إذا كان ﴿غيراً فيه﴾ لأحدهما .
ولشخص غيرهما معيناً ﴿مدة معلومة﴾ وصورة ذلك أن يقول اشتريت مني شاة من غنمي أو ثوباً من أثوابي أو داراً من دورى على أن تختار أيها شئت في ثلاثة أيام أو نحو ذلك، فإنه يصح البيع إذا كان المبيع موجوداً في الملك ولكن يكلف التمين بعد المدة، أما إذا كان البيع بمجهول الجنس كشيء أو عشرة أصوع أو لم يذكر خيار أو

(١) وتكون الأجرة للشفيع من يوم الحكم أو التسليم طوعاً كما سيأتي اهـ .

(٢) المراد بالعني غرامة المستأجر اهـ .

ذكر الخيار لها أو لغيرها غير معين ، أو كانت المدة غير معلومة فإن البيع لا يصح ويكون فاسداً لأنه يؤدي إلى التشاجر . وهذا في ذوات القيم لاختلافها ، أما ذوات الأمثال نحو بيع مد أو رطل من شيء معين . وهو لا يختلف فإنه يصح ولو لم يذكر خيار لأن أجزائه مستوية فلا يفضى إلى التشاجر .

﴿ و ﴾ يصح بيع ﴿ ميراث ﴾ « أو غير ميراث ^(١) » وهو المشتري أو التهب ونحوهما « قبل قبضه وقبل العلم بتفاصيله إذا ﴿ علم جنساً ونصيياً ﴾ ولو لم يذكر حال المقد لأن المعتبر عليهما معاً أو البائع ، ويثبت خيار معرفة مقدار البيع للمشتري كما في بيع الجراف ، أما لو جهلا معاً أو البائع فسد المقد فلو علما الجنس والنصيب وجهلا قدر كيله أو وزنه أو عدده صح البيع . مثال ما إذا علم الجنس والنصيب أن أن له ثلث التركة مثلاً وللميت غنم وبقر ، فيقول البائع بمت منك نصيبى فى الغنم بكذا أو نصيبى فى البقر بكذا فإن هذا البيع يصح ولو لم يعلم ولا أحدم كمية الغنم أو البقر ، وكذا لو كان الوارث واحداً فإنه يصح وهذا فيما لا يحتاج إلى تجديد قبض وأما فيما يحتاج كأن يشتري ويموت فلا يصح بيع الورثة حتى يقبضوا ذلك بعد إعادة كيله فيما اشتراه مكايلة .. أما إذا لم يعلم الجنس ولا النصيب نحو أن يعلم أن الميت خلف مائة شيء ولم يعلم مائلك الأشياء ولا علم كم نصيبه فى الميراث أو جهل النصيب وعرف الجنس نحو أن يعلم أن التركة مائة شاة ولا يعلم كم نصيبه فيها فإن البيع فى هذه الصور كلها لا يصح ، وسواء كان الجهل بسبب جهل الورثة أو جهل كيفية التوريث وسيأتى فى الهبة نظير ذلك .

﴿ و ﴾ إذا علم الجنس والنصيب صح بيع ﴿ نصيب من زرع قد استحصد ﴾ أى قد آن حصاده ومن ثمر قد استوى صلاحه فيصح بيمة مشاعاً من الشريك أو

(١) قرره للمذهب ابن مفلح فى بيانہ والفقہ حنين التوید فى شرحه على الأزهار اهـ .

من غيره ، وكذلك الزهور وسائر البقول والخضراوات من القث^(١) وغيره ﴿وا﴾ ن
 ﴿لا﴾ يكن قد آن حصاده ونحوه بل قبله ﴿فن الشريك﴾ يصح بيعه ﴿فقط﴾
 فإن باعه قبل الحصاد من غير الشريك توقف نفوذ العقد على رضى الشريك ، فإن لم
 يرض الشريك كان العقد فاسداً لأنه لا يباع إلا لأجل القطع وفيه ضرر على الشريك
 ولا يصح بقاءه إلى عند القسمة لأن القسمة لا تكون إلا عند الحصاد ، فإن لم يفسخ
 العقد حتى استوى التمر وأدرك الزرع انقلب البيع صحيحاً ، فلو باع الشريك صح لأنه
 قد رضى بإدخال الضرر على نفسه . وكذا يصح إذا كانت الأرض للمشتري . وصورة
 ذلك أن يعير أو يؤجر أرضه من شخصين للزرع فزرعاها ثم باع أحدهما حصته من
 الزرع من مالك الأرض . أو اشترط المشتري البقاء مدة معلومة أو جرى العرف بالبقاء
 مدة معلومة وكذا إذا لم يكن للبائع شريك وباع بعض زرعه فإنه يصح لأنه قد رضى
 بإدخال ضرر القطع على بقية زرعه .

﴿ قيل ﴾ والقائل الفقيه يوسف . وقوله خلاف الصحيح للمذهب ﴿و﴾ يصح بيع
 كل ﴿كامن يدل فرعه عليه﴾ كالبقول^(٢) والثوم والبصل والجزر في منابها إذا بلغت
 مدة الانتفاع بها والصحيح للمذهب أنه لا يصح بيع ذلك سواء بيع مع الأرض أم
 وحده للجهاالة الحاصلة فيه لأن المقصود منه مستور فلم يعلم مقداره ، وهذا بخلاف
 الجوز واللوز فيصح لجرى عادة المسلمين بالتعامل فيه ولأن المقصود منه غير مستور
 في الأرض .

﴿ و ﴾ يصح ﴿بيع﴾ شيء ﴿ملصق﴾ بغيره ﴿كالفص^(٣)﴾ من الخاتم ﴿ونحوه﴾
 الخشبة من السقف والحجر من البنيان ونحو ذلك ﴿وإن تضرراً﴾ يعنى الملصق والملصق به

(١) وهو المروف بالقبض اهـ .

(٢) وهو المروف بالقبول اهـ .

(٣) بثلب الفاء كما في القاموس اهـ .

ضرراً ينقص القيمة فإن ذلك لا يمنع من صحة البيع (غالباً) احترازاً من بيع الصوف من جلد الحى فإنه لا يصح بيع ذلك ونحوه كالجلد من الحيوان (ويختار) (بمعنى البائع والمشتري فيما يصح بيعه) (قبل الفصل) خيار تمذر التسليم للمشتري وخيار الضرر للبائع، فإن فصل بطل هذا الخيار ويبقى للمشتري خيار الرؤية والعيب . قال العلامة حسن بن محمد الشيبى « ما لم يكن العيب بالفصل وكان الفاصل المشتري بغير أمر البائع أو بأمره ولم يفعل المعتاد » ومؤنة الفصل على البائع لأنه من تمام التسليم .

(و) (يصح بيع (الصبرة^(١)) وهى الجلة (من) شئ (مقدراً كيلاً) ويعتبران يكون بمكيال وكيل لا يختلف فيكون الكيل بالرسل أو المسح الذى لا يختلف فلو شرط الرزم أو كان عرفاً فسد البيع إلا أن يكون التفاوت فيه يسيراً يتسامح به وإلا فلا يصح إلا أن يتقدم الكيل على البيع صح وكان كالجزاف (أو) تكون الصبرة مقدرة (وزناً أو عدداً أو ذرماً) ويمتبر فى ذلك عدم الاختلاف فلا بد أن يكون الذراع ونحوه معلوماً لا يختلف، فلا يصح مثلاً أن يكون الذراع بذراع رجل غير معين لأنه يختلف ، ولا بذراع رجل معين لأنه يجوز تعذره بموته . هذا وإذا كانت الصبرة مقدرة بمقدار معين لا يختلف صح البيع سواء كان البيع من (مستور أو مختلف) وليبيع الصبرة صور أربع : (الاولى) أن يبيعهما جزأاً^(٢) نحو أن تكون ثم جلة من طعام أو عسل أو رمان أو أرض أو ثياب فيبيع تلك الجلة من غير تعيين قدرها بل يقول بمت منك هذا الشئ بكذا فهذا يصح إذا كانت الصبرة

(١) الصبرة ما جمع من الطعام بلا كيل ولا وزن . يقال « أخذت صبرة » أى جلة بلا كيل ولا وزن اهـ .

(٢) المجازفة أخذ الشيء من دون تقدير، ويستعمل فى الأقوال والأفعال بمعنى بلا علم ولا تقدير اهـ .

مميزة مشاهدة أو في حكم المشاهدة نحو ما يكون في ظرف حاضر، فأما بمت منك ما في يتي أو ما في مدقني ولا يعلم البائع قدره فلا يصح. وهذا في غير العقارات أما فيها فيصح ، وقد نظم السيد صارم الدين كيفية بيع الجزاف بقوله :

يبيع الجزاف بلا كيل يزاوله ولا بوزن ولا ذرع ولا عَدَدٍ

ويشترط في بيع الصبرة جزافاً أن يكون البائع ﴿غير مستثنى﴾ لشيء من الصبرة غير معين فإن استثنى فسَد البيع ﴿إلا﴾ في ثلاث صور : ﴿الأولى﴾ أن يستثنى جزءاً ﴿مشاعاً﴾ نحو ثلثها أو ربها أو نحو ذلك فإن البيع يصح ويصيران شريكين وتلحقهما أحكام المشترك . ﴿الصورة الثانية﴾ أن يستثنى شيئاً معيناً نحو بمت منك هذه الثياب إلا هذا الثوب صح لقول الرسول صلى الله عليه وآله وسلم « فله ثنياء » وهذا هو بيع الثنايا ، وكذا لو استثنى من الذكاة رأسها أو رطلاً من عضو مخصوص « فحيث الباقي يعرف قدره قبل البيع يصح وحيث لا يعرف لا يصح » هذا هو الصحيح من المذهب كما في البيان . ﴿الصورة الثالثة﴾ قوله ﴿أو﴾ يستثنى قدرأ معلوماً على أن يكون ﴿مختاراً﴾ لذلك القدر من تلك الصبرة في مدة معلومة « في غير مثلي » نحو أن يقول بمت منك هذا الرمان إلا ثلاثاً منها أختارها في ثلاثة أيام أو بمتك هذه الصبرة إلا صاعاً أو رطلاً أختاره في يومين أو نحو ذلك فإنه يصح ولا فرق بين المختلف كالزمان ونحوه والمستوى كاللحم ونحوه لأنه يرتفع الجهل والشجار بالتخيير في المدة المعلومة حيث الباقي يعرف قدره قبل البيع ويشترط كما تقدم أن يكون الخيار لأحدهما أو لشخص معين غيرهما لا لهما أو لغير معين فيفسد لأنه يؤدي إلى التشاجر .

﴿الصورة الثانية﴾ من الصور الأربع لبيع الصبرة قوله ﴿أو﴾ قال بمت منك ﴿كل كذا بكذا﴾ نحو أن يقول بمت منك هذه الصبرة ^(١) كل مدّ بدرهم ، أو كل

(١) معلومة بالمشاهدة أو ما في حكمها اهـ .

رطل بدرهم أو كل حبة من الرمان بدرهم فإن البيع يصح ولو جهل البائع قدر الصبرة وقد اغتفرت هنا الجهالة في الثمن لأنه يعلم في الوقت الثاني بالكيل أو الوزن أو العد أو الذراع. وحيث قد علم المبيع جملة ﴿ فيخير ﴾ المشتري ﴿ لمعرفة قدر ﴾ المالكين المبيع و ﴿ الثمن ﴾ وسواء ظهر له أن الثمن ناقص عن جملة المبيع أم زائد أم مساو فله خيار معرفة مقدار الثمن والمبيع. ويثبت له أيضا خيار رؤية جميع المبيع فيما هو مختلف وفي المستوى إذا لم يكن قد رأى بعضه لأن الأشياء المستوية التي تباع على مقتضى أنموذجها يكنى رؤية الأنموذج منها ، فإن ثبت أن المبيع دون الأنموذج الذي اشترى على مقتضاه يكون المشتري غير آيين قبوله بالثمن المسمى أو رده بفسخ البيع .

﴿ الصورة الثالثة ﴾ من الصور الأربع في بيع الصبرة قوله ﴿ أو ﴾ يقول بمت منك هذا ﴿ على ﴾ أنه مائة ذراع أو مد أو مائة رطل أو مائة شاة أو ثوب أو رمانة ﴿ بكذا ﴾ درهم فإن البيع يصح لأن الشرط حالي لا مستقبل ، وكذا لو قال على أنه مائة درهم بكذا صح إذا كان من غير جنس الدراهم وإن كان من جنسها فلا بد من علم التساوى .

﴿ الصورة الرابعة ﴾ في بيع الصبرة قوله ﴿ أو ﴾ يقول بمت منك هذه الصبرة على أنها ﴿ مائة ﴾ مد أو رطل ﴿ كل كذا ﴾ منها ﴿ بكذا ﴾ نحو كل مد منها بدرهم ونحو ذلك فإن البيع يصح والمشتري خيار الرؤية في المستوى والمختلف كما تقدم . ﴿ فإن زاد ﴾ البيع ﴿ أو نقص في ﴾ هاتين الصورتين ﴿ الأخيرتين ﴾ من الأربع وهما حيث قال على أنها مائة بكذا أو مائة كل كذا بكذا ﴿ فسد ﴾ البيع ﴿ في المختلف مطلقا ﴾ سواء كان الاختلاف في الجنس أو النوع أو الصفة . وسواء كان معدودا أم مذروما أم مكيلا أم موزونا لأنه يؤدي إلى التشاجر على الزيادة والنقصان هل تمين من الكبار أو من الصغار مثلا . ﴿ و ﴾ أما إذا زاد أو نقص ﴿ في غيره ﴾ أى في غير المختلف وهو المستوى كالكيل والموزون والمذروع والمعدود الذى هو مستوى

الحال ليس بعرضه أفضل من بعض فإن المشتري يختار في النقص خيار فقد الصفه فيختار المشتري ﴿ بين الفسخ ﴾ للمبيع لأجل النقصان ﴿ و ﴾ بين ﴿ الأخذ بالحصة ﴾ من الثمن ، يعنى أنه ينقص من الثمن المسمى قدر ما نقص من المبيع . وإنما ثبت الخيار لأن هذه الصفه شرطت في العقد بخلاف ما لو اشترى صبرة واستحق بعضها للغير فإنه لا خيار إن لم يتعيب الباقي : ﴿ إلا المذروع ﴾ إذا نقص ﴿ في ﴾ الصورة ﴿ الأولى ﴾ من هاتين الصورتين الأخيرتين وهى حيث يقول بعت منك هذا الثوب على أنه مائة ذراع بمائة درهم فأنكشف أنه تسعون ذراعاً فيخير المشتري بين فسخه وأخذه فإن اختار أخذه ﴿ فبالكل إن شاء ﴾ أى إن شاء أخذ المبيع بكل الثمن المسمى وهو المائة درهم ، ولو انكشف ناقصاً عما شرط وإن شاء فسخ لأجل النقصان بخلاف ما لو كان مكيفاً أو موزوناً أو ممدوداً فإنه يخير بين الفسخ والأخذ بتسعين درهما .

قال الإمام عليه السلام : ولما تكلمنا في حكم النقصان في الصورتين الأخيرتين تكلمنا في حكم الزيادة إذا انكشفت ، وصورة ذلك أن يقول : بعت منك هذه الصبرة على أنها مائة مد بمائة درهم ، أو على أنها مائة مد كل مد بدرهم فأنكشف أنها مائة وعشرة أمداد ﴿ و ﴾ حينئذ يجب عليه ﴿ في ﴾ هذه ﴿ الزيادة ردها ﴾ وبأخذ المائة بالثمن المسمى إلا أن تكون الزيادة مما يتسامح بمثلها فلا يجب الرد فلو شرط أنه لا يرد الزيادة ولا يرجع بحصة النقصان فسد البيع لأنه رفع موجب العقد ﴿ إلا ﴾ الزيادة في ﴿ المذروع فيأخذها بلا شيء في ﴾ الصورة ﴿ الأولى ﴾ وهى الثالثة من الأربع . ولو جهل البائع وهى حيث قال بعت منك هذا الثوب أو هذه العرصة على أنها مائة ذراع بمائة درهم فأنكشف أنها مائة ذراع وعشرة أذرع فإنه يأخذ الجميع بمائة درهم فقط ﴿ و ﴾ أما حيث قال على أنه مائة ذراع كل ذراع بدرهم فإنه يخير إن شاء أخذ العشرة الزائدة ﴿ بحصتها ﴾ من الثمن ﴿ في ﴾ هذه الصورة ﴿ الثانية ﴾ بمقد آخر (٢٢ - التاج المذهب - ن)

فيصح له المبيع جميعه بمائة وعشرة دراهم لأنه جمل كل جزء من المبيع يقابله جزء من الثمن ﴿أو يفسخ﴾ المبيع إن شاء لأن له الفسخ على التراخي ﴿و﴾ يصح بيع ﴿بعض الصبرة﴾ من السكيل أو الموزون والمدود والمذروع ولذلك صورتان : ﴿الأولى﴾ أن يبيع بعضها ﴿مشاعاً﴾ كنصف أو ثلث أو نحو ذلك فهذا جائز مطلقاً أى مستوية أم لا ، ويكونان شريكين ولا يخرى البائع ولا المشتري في التسليم من أى الجوانب شاء ، ويصح قبض المبيع بالتخلية بين المشتري والصبرة وما تلف منها بعد التخلية فمليهما معا وتكون مؤنة القسمة قبل القبض على البائع وبعده على قدر الحصص وله أخذ نصيبه منها في غيبة البائع بعد إيفاء الثمن إن كانت مستوية ﴿الصورة الثانية﴾ قوله ﴿أو﴾ يبيع شيئاً ﴿مقدراً﴾ معلوماً نحو مد أو رطل أو رمانة أو ذراع فإن كانت الصبرة مستوية الأجزاء صح البيع مطلقاً سواء بين أم لا، عينت جهته أم لا، ذكر خيار أم لا، لكن هذه الصورة تخالف ما قبلها من الأحكام فلا تكون التخلية قبضاً ، وما تلف ولو بعد التخلية فعلى البائع ومؤنة القسمة على البائع وليس للمشتري أخذ المبيع بنفسه ويمطيه البائع من أى الجوانب شاء ولو كانت مستوية الأجزاء إلا أنه ليس للبائع تفريق الأذرع على المشتري في الأرض والثوب بل يقرها له متصلة لأنه يتضرر بتفريقها . أما المختلفة فلا يصح بيع الجزء المقدر إلا إذا ﴿ميز في المختلف قبل البيع﴾ إما بعزل أو إشارة أو نحو ذلك ولو كان التمييز جملة لا تفصيلاً فإن لم يميز فسد البيع لأنه لا يصح بيع المجهول إلا إذا شرط الخيار لأحدهما كما سيأتى هذا في السكيل والموزون والمدود . أما المذروع من ثوب أو أرض إذا اختلفت أجزاؤه فقد أوضحه بقوله :

﴿و﴾ يصح إذا ﴿عينت جهته في مختلف المذروع﴾ فإن لم يعين فسد البيع إلا إذا قصد إشباع نحو أن تكون الأرض مائة ذراع فباع منها عشرة أذرع وتصادق على أنهما أرادا عشر لأرض مشاعاً ذلك . وأما مستوى المذروع فلا يحتاج إلى تعيين فيصح أن يبيع منه

عشرين من هذه الأرض المستوية وتكون كسواء الجزء الشاع . ﴿ وكذا ﴾ يصح البيع ﴿ إن شرط الخيار ﴾ لأحدهما أو لغيرهما ﴿ مدة معلومة ﴾ كثلاثة أيام ونحوها فيختار ذلك البعض من الصبرة في مختلف السكيل والموزون والمدود يختار من أى الجهات شاء في مختلف المذروع ﴿ لا ﴾ لو قال بمتك ﴿ منها ﴾ أى من الصبرة ﴿ كذا بكذا ﴾ نحو عشرين مداً أو ذراعاً بأربعين درهماً في هذه الصورة يفسد البيع ﴿ إن نقصت ﴾ الصبرة عن العشرين لأنه باع الموجود والمعدوم فيفسد^(١) فإن وجدت قدر ما قد سمي صح البيع مستوية أو مختلفة ، وإن وجدت أكثر مما قد سمي صح في المستوية فقط ، فإن كانت مختلفة ففسد البيع إلا لخيار معلوم لأحدهما فيصح . ﴿ أو ﴾ قال بمتك من هذه الصبرة المائة ﴿ كل كذا بكذا ﴾ نحو كل مد بدرهم ﴿ مطلقاً ﴾ يعنى سواء قيدت بشرط أم لم تقيد زادت أم نقصت ﴿ فيفسد ﴾ البيع لجهالة جملة مقدار المبيع منها والتمن لأن الثمن يتبع على كل جزء من أجزاء المبيع ، وأجزاء المبيع مجهولة وكذا لو قال بمتك بعض هذه الصبرة بخمسين ديناراً فلا يصح لجهالة مقدار المبيع لأن البعض يقع على القليل والكثير .

﴿ و ﴾ يجب أن ﴿ تمين الأرض ﴾ وكل ماله أصل وقرار كالدار ونحوها من غير المنقول للمبيع ونحوه حال العقد ﴿ بما يميزها ﴾ عما تلتبس بها بما شاء ﴿ من إشارة ﴾ إليها كهذه ﴿ أوحد ﴾ واحد إذا تميزت به حتى لا تلتبس بغيرها كفى كالتى شرقها المسجد أو اثنين أو ثلاثة أو الأربعة كالقبلى الشامى واليمانى المدنى كما جرت به عادة اليمن والشرق والغربى ، وعلى الجملة حتى يميزها من غيرها بمجد أو أكثر ﴿ أو ﴾ يميزها ﴿ بلقب ﴾ نحو إن يقول التى تسمى بكذا فإن أضاف المبيع إلى ملكه لم يحتاج إلا إلى ما يميزها عن سائر أملاكه دون أملاك غيره حتى لو قال بمتك

(١) بخلاف بمتك على أنه كذا فيصح ولو نقص ، وللعشترى الخيار لأنه قد وقع على جملة

أرضي وليس له غيرها صح ، أما لو لم يضاف إلى ملكه فلا بد أن يميزها عما يلتبس بها من ملكه وملك غيره .

﴿ فرع ﴾ اعلم أن المبيع إذا كان حاضراً في المجلس أو مشاهداً فتكفي الإشارة إليه ولا حاجة لوصفه وإن كان غائباً فالحدود أقوى من الاسم فإن ذكر الاسم والحدود فسا دخل فيها دخل في المبيع ولو خرج عن الاسم إذا كان للبائع ، فإن كان للغير لزم أن يحيط بمحضته من الثمن وما خرج عن الحدود خرج عن المبيع ولو دخل في الاسم .

﴿ فصل ﴾

﴿ ١٩٩ ﴾

فيما لا يجوز بيعه ولا يصح في أى حال ﴿ و ﴾ اعلم أنه ﴿ لا يجوز ﴾ ولا يصح ﴿ بيع الحر ﴾ سواء باع نفسه أو باعه غيره ﴿ فيؤدب ﴾ المكاف ويفزع الصغير ﴿ العالم ﴾ بحريته من بائع ومشتري ومبيع وكاتب وشاهد - بنظر الحاكم ﴿ ويرد القابض ﴾ ما قبض من الثمن إلى المشتري إن كان الثمن باقياً بعينه كبيراً كان القابض أم صغيراً ، فإن تلف ضمن الكبير رد مثله أو قيمته لأن حكم الثمن في يد البائع كالتفصيص في جميع وجوهه إن جهل المشتري وكالتفصيص إلا في الأربعة ^(١) إن علم ﴿ إلا الصبي ﴾ غير المأذون إذا باع نفسه أو باع غيره ثم قبض الثمن فلا يرد إلا ما بقي منه لا ﴿ ما ألتف ﴾ فإن كان مأذوناً فحكمه حكم الكبير ﴿ فإن غاب ﴾ البائع للحر ريداً أو غيبة ﴿ منقطعة ﴾ أى خفي مكانه بعد قبض الثمن ﴿ فالمدلس ﴾ على المشتري حيث هو المبيع لا غيره بأنه ملك لبائعه أو يسأل فيسكت يفرم للمشتري ولو بالسعاية ما دفع ﴿ ويرجع ﴾ المدلس بما غرم من الثمن على القابض متى ظفر به

(١) سنن أبي يانها في أثناء فصل عدد ٢١٩ انتهى .

﴿ وإلا ﴾ يكن من المبيع تدليس أو لم يغب القابض بربداً فما فوقه ﴿ فلا ﴾ رجوع للمشتري إلا على القابض .

﴿ ولا ﴾ يصح ولا يجوز عندنا بيع ﴿ أم الولد ﴾ وهي الأمة التي وطئها سيدها فعلفت منه بجنين ووضعت له ولو مضغة وادعاه فإذا باعها بعد ذلك ولو جاهلاً فإن بيعها باطل ﴿ ولا ﴾ يجوز ولا يصح أيضاً بيع ﴿ النجس ﴾ كالدم والميتة والخمر والعذرة وزبل ما لا يؤكل لحمه والدهن المتنجس والكلب ولكن يجوز اقتناؤه وهبته والنذر به والوصية ولا يجوز للبائع استهلال ثمن المتنجس بل يجب عليه رده للمشتري لأنه في يده مع الجهل كالنصب في جميع وجوهه، ومع العلم كالنصب إلا في الأربعة .. ويجوز بيع زبل مايؤكل لحمه وبيع الثوب المتنجس . ومن سبق إلى شيء من الأزيل المرغوب عنها أو كانت من حيوان مباح فهو أولى بها ، وكذا إذا كانت من حيوانه فهو أولى بها . وإذا وضعت الدواب في البيوت التي توضع فيها عند الغير فيكون الزبل رب البيت لالمالك الدواب إذا جرت العادة بذلك، فلو امتنع لزمته قيمة الزبل إجارة للبيت وهذا في زبل مايؤكل لحمه .

﴿ ولا ﴾ يجوز ولا يصح بيع ﴿ ماء الفحل للضراب ﴾ وهو أن يؤجر للإنسكاح البهائم لأنه يتضمن بيع منيه وهو معدوم فلذا لا يصح . أما ما يسلم في ذلك كاللحم ونحوه فإن كان لا يسلمه إلا لذلك حرم وإن كان يسلمه ولو بدون ذلك وسلم إليه شيئاً إكراماً جاز أخذه ، وكذا ما يأخذه السواق أو الغلام يجوز له أخذه لأنه كالأجرة على تقريب الفحل ، وتندب إعادته ويكره تنزيهاً إزاء الحبر على الخيل . أما أجرة تلقيح النخل فجائزة .

﴿ ولا ﴾ يجوز عندنا بيع ﴿ أرض مكة ﴾ شرفها الله تعالى والمراد بمكة ما حواه الحرم المحرم ، فلا يجوز بيع بقاعها ولا أحجارها ولا أشجارها ولا تجوز إجارته أيضاً، ولكن من سبق إلى مكان فعمره كان أولى به ، وإذا جيء بالأحجار والأخشاب من

الحل جاز بيعها . والحيلة في بيع أرض مكة أن يبيع الأحجار التي جاء بها من الحل فيقع البيع عليها وتدخل العرصة لأنها تكون من الحقوق ، وهذا إذا لم يشتر بشمن الجميع وإلا جاءت مسائل الضمير ، يعني هل تؤثر أم لا ، وهل تم جميع المحرمات أم مسائل الربى فقط ، والمختار أنها لا تؤثر وتم فيكون البيع حينئذ فاسداً لأنه انضم إلى جائز البيع غيره فيلزمه أن يتصدق بزائد القيمة . نعم وحكم الحاكم إذا حكم بالملك فيها فلا يسوّغ الملك ويقطع الخلاف إلا بين التشاجرين فقط . هذا وأما دور حرم المدينة فيجوز بيعها . والحيلة في الإجارة في أرض مكة أن يستأجر صاحب البيت على حفظ المتاع والانتفاع بالبنية إذا كانت الأحجار والأخشاب من الحل . ﴿ و ﴾ لا يجوز بيع ﴿ ما لا نفع فيه مطلقاً ﴾ أى لم ينتفع به على أى وجه من وجوه الانتفاع كالدمع والبصاق والموام^(١) والحشرات وكذا لبن الخيل والدواب لينتفع بها الفصيل لا يصح بيعه بخلاف لبن الأدمية فيصح بيعه .

(فصل)

﴿ ٢٠٠ ﴾

فيما لا يصح بيعه مما يصح تملكه ﴿ ولا يصح ﴾ البيع ﴿ في ملك ﴾ حقير بحيث ﴿ لا قيمة له ﴾ في القيمي أو في مثل يتسامح به عادة كالحبة والخبثين من الطعام فإن بيع ذلك ونحوه باطل ﴿ أو ﴾ كان له قيمة لكن ﴿ عرض مامنع بيعه ﴾ والعارض المانع للبيع نوعان : نوع يمنع من بيع الملك ﴿ مستمراً ﴾ كأمر الولد أو في الأغلب من الأحوال ﴿ كالوقف ﴾ فإن المال إذا وقف لم يصح بيعه أبداً إلا أن يبلغ حداً لا يمكن الانتفاع به فيما قصده الواقف وكذا يصح بيعه إذا خشي تلفه أو فساد أو فساد الموقوف عليه كالسجد . وكذا لو لم يمكن إصلاح بعضه إلا ببيع بعض منه ، ولكن إذا كان

(١) الهوام مالا سم فيها، والحشرات ما فيهم. وقيل الحشرة: الدابة الصنيرة من دواب الأرض وقيل هي الفأر واليربوع ونحوه اهـ .

الواقف واحداً فيصح في صفقة واحدة ، ولا يجوز بيعه عند خشية هلاك الموقف عليه لأنه يجب على المسلمين سد رمقه .

﴿ النوع الثاني ﴾ قوله ﴿ أو ﴾ يكون المارض لمنع بيعه ﴿ حالا ﴾ أى فى الحال لا فى المستقبل وذلك ﴿ كالطير ﴾ المملوك من الحمام والنحل ونحوهما يكون حين بيعه ﴿ فى الهواء ﴾ فإنه لا يصح بيعهما فى الهواء حتى تقع على الأرض ويمكن أخذها من غير تصيد ، وكالحوت المملوك إذا كانت فى الأنهار حيث لا يمكن أخذها إلا بتصيد ، أما إذا أرسلت فى ماء لا تفوت فيه وأمكن أخذها ولو بتصيد صح بيعهما ويكون للمشتري خيار تمذر التسليم والرؤية لأن الرؤية فى الماء غير صحيحة .

﴿ ولا ﴾ يصح البيع ﴿ فى حق ﴾ من الحقوق كحق الشفعة وحق مرور الماء ووضع الجذور ونحو ذلك مما لا يملك فيه عيناً وإنما هو استحقاق أمر يتعلق بالعين . وأما هبة الحق فتصح وهى على ثلاثة أضرب : تمليك : كهبة الدين من هو عليه ، وإسقاط : كهبة الشفعة والخيارات فى البيع ، وإباحة : كهبة التيجرات ، ومما لا يصح بيعه أيضاً قوله ﴿ أو حمل أو لبن لم ينفصلا ﴾ من البطن والضرع ولو كان اللبن فى الضرع أكثر من المبيع فإنه لا يصح البيع وكذلك المسك والبيض قبل الانفصال . ﴿ فرع ﴾ قال فى البيان « ولا يصح بيع الحمل ولاهبته ولا التصديق به ولا جمعه مهرأ ، ويصح النذر به والإقرار والوصية وجعله عوض خلع لأن هذه الأشياء تقبل الجهالة » . ومما لا يصح بيعه قوله ﴿ أو ثمر ﴾ بيع ﴿ قبل نفعه ﴾ أى قبل أن يصير إلى حال ينتفع به فلا يصح بيعه ولو من الشريك ولو شرط البقاء حتى ينتفع ﴿ أو بعده ﴾ أى بعد أن بلغ حداً ينتفع به فلا يصح بيعه ﴿ قبل صلاحه ﴾ للأكل المعتاد . وصلاحه أن يأخذ الثمر فى ألوانه فصلاح العنب للأكل لا للزبيب أن يحمر ويبيض ويسود الأسود وصلاح الثمر أن يحمر ويصفر كما مر فى الزكاة ، وصلاح الفواكه أن تحلو ويطيب أكلها وصلاح الحبوب أن تشتد وتتصلب . والجامع لهذا

كله أن يمكن الانتفاع بها في الأكل ﴿ قيل ﴾ والقائل ابن أبي الفوارس ﴿ إلا ﴾ أن يشتريه ﴿ بشرط القطع ﴾ صح يبعه ، والصحيح المذهب أنه لا يصح . أما الزرع فيصح يبعه عند تكامل نباته لأنه إن شرط قطعه فهو من موجبه وإن شرط بقاءه فالأرض تؤجر بخلاف الثمر فلا تؤجر الشجر لبقائه ، وقطع الثمر قبل صلاحه منهي عنه .

﴿ ولا ﴾ يصح بيع الثمر ﴿ بمدحها ﴾ أي بعد نفعه وصلاحه ﴿ بشرط البقاء ﴾ على الشجر فإن لم يشترط ذلك صح البيع ﴿ وحاصل ذلك ﴾ إن شرط البقاء لم يصح ، وإن شرط القطع صح ، وإن سكت صح . ويؤخذ بالقطع ولو جرى عرف بالبقاء إلى مدة معلومة أو مجهولة لأن العقد إذا احتمل وجهي صحة وفساد حمل على ما يصح وهو القطع ، وكذا لو شرط القطع ثم تراضيا على البقاء إلى مدة صح ولو كانا مضمينين إذ الضمير لا يصادم الشرط .. وأما بيع القضب فإن شرط القطع أو جرى به عرف أو ضمير البقاء إلى مدة معلومة أو جرى به عرف صح ، ولا يكون مثل استئجار الشجر للثمر لأن هذا من استئجار الأرض للشجر يصح ، وإن شرط البقاء إلى مدة مجهولة أو سكت وكان العرف جاريا بها فسد البيع لجهالة مدة البقاء .

﴿ ولا ﴾ يصح البيع ﴿ فيما يخرج شيئا فشيئا ﴾ كالبقول والورد والليمون والخضراوات والحطب ونحو ذلك حتى تظهر كلها وتستكمل الظهور أو يبيع الموجود بعد صلاحه فإن باعها قبل وجودها ، فالبيع فاسد لأنه يبيع معدوم ، وإن باع الموجود والمعدوم فسد أيضا إلا إذا تميز عن الموجود صح في الموجود ، وكان من بيع الثمر بمد صلاحه وفيه ما تقدم من التفصيل .

﴿ فرع ﴾ ولا يصح بيع الأشجار للحطب وغيره ولا يبيع الحشيش قبل قطعها ولو بلنا أو انقطع والانتفاع وثبتا في ملك البائع ، إلا أن يكون موضع القطع معلوما لشرط أو عرف فيصح البيع كما سيأتي في المسئلة آخر فصل ٢٠٣ .

﴿ ويصح استثناء هذه ﴾ الأشياء التي يصح بيعها وهي الثمر قبل وجوده ، وما يخرج شيئاً فشيئاً ، والحل واللبن اللذان لم يفصلا فهذه الأشياء الأربعة وإن لم يصح بيعها فإنه يصح استثناءها ﴿ مدة معلومة ﴾ لا مجهولة فيفسد البيع . وإذا استثنى ولد البهيمة فإنه يجب على المشتري أن يمكن الأم من إرضاع ولدها رضعة أو أكثر على الوجه الذي لا يعيش إلا به ، فلو لم يمكنه من الرضاع وتلف فلا يضمن سواء كان مما يؤكل لحمه أم مما لا يؤكل ، وإذامكنه من الرضاع فلا يلزم البائع مثل اللبن الذي رضعه ولا قيمته لأن ما رضعه هو كالستثنى ولو لم يذكر سواء كان من لبن الحيوانات المأكولة أم من غيرها .

﴿ فرع ﴾ فلو استثنى البائع ما يحدث من الأولاد في مدة أو بطون معلومة فإنه يصح ويكون الإنزاع في الوقت المعتاد فإن اختلف المعتاد ولا غالب فسد البيع .
﴿ و ﴾ بصح استثناء ﴿ الحق ﴾ الثابت في الأرض من مسيل أو مرور ماء أو استطرار أو وضع جذوع على جدار أو نحو ذلك ﴿ مطلقا ﴾ سواء استثناء مدة معلومة أم مجهولة أو يطلق ويبقى الحق مستمرا إلا حق الشفعة فلا يصح استثناءه بل يلغو الاستثناء ويصح البيع . وأما إذا استثنى سكنى الدار أو خدمة العبد أو منفعة الثور فلا بد أن يذكر مدة معلومة إذ هي منفعة يصح العوض عليها فهي كاستثناء زراعة الأرض وتكون نفقة العبد والثور على المستثنى .

﴿ ونفقة مستثنى اللبن على مشتريه ﴾ فإذا باع البقرة واستثنى لبنها مدة معلومة فنفتقتها لازمة على المشتري ونفتقتها المعتاد وما تحتاج إليه حال الحلب على المستثنى وإذا باعها المشتري فلا يبطل حق البائع والمشتري أن يبيعها ولو إلى بلد بعيد ويكون عيباً في حق المشتري الثاني وله أن يفسخ به . أما لو باع الأرض واستثنى الأشجار بحقوقها أو استثنى زراعتها مدة معلومة كان سقى الأشجار وإصلاحها على مالسها إلا لعرف وإصلاح الأرض على المشتري، وإن استثنى الثمر فإصلاح الشجر على المشتري والثمر على

البائع . قال الإمام عليه السلام : ﴿ ويمنع ﴾ المشتري ﴿ من إتلافه ﴾ فلا يجوز له أن يتلف المبيع المستثنى لبنة حتى يستوفى صاحب اللبن مدته ﴿ ولا ضمان ﴾ على المشتري ﴿ إن فعل ﴾ ما يتلفه ولكنه يأثم بفعله ولا ضمان عليه ﴿ إلا ﴾ أنه يجب الضمان ﴿ في ﴾ شجر أتلغه بعمد ييمه وهو ﴿ مستثنى الثمر ﴾ فيجب للبائع قيمة الثمر والضمان على متلفه وهو ما بين قيمتي الشجر مستثنى الثمر وغير مستثنى ، وكذا المنزل المستثنى سكناء مدة معلومة إذا أتلغه لزمته أجره المثل لتلك المدة فلو خرب المنزل ثم أعيد عاد حق البائع المستثنى وهو السكنى ، وليس له أن يؤجر ولا يعير بخلاف استثناء النافع فله التأجير والإعارة .

﴿ ولا ﴾ يصح البيع ﴿ في جزء غير مشاع من حي ﴾ فلا يصح بيع جلد الشاة وهي في الحياة ولا صوفها ولا لحم بطنها مثلاً ولا ما أشبه ذلك ، فإن فعل فسد البيع . وأما الذكاة فيصح بيع ذلك منها وحكم الاستثناء لجزء منها حكم البيع ، وكذا سائر التصرفات .

﴿ وحاصل ذلك ﴾ أن المبيع على أقسام : قسم يجوز بيعه واستثناءه وهو الجزء المشاع المعلوم من الحيوان ، وقسم لا يجوز بيعه ولا استثناءه وذلك نحو الجلد والصوف والمضو المعلوم من الحيوان مع كونه حياً ، وقسم يصح استثناءه لا بيعه كالولد واللبن ، وقسم يصح بيعه لا استثناءه وذلك نحو الأبطال المعلوم من الذكي أو من عضو معين .

﴿ ولا ﴾ يصح البيع ﴿ في مشتري ﴾ ولا في صدقة أو موهوب ﴿ قبل قبضه ﴾ فأما ماعدا ذلك كالوصية والنذر والمهر ونحو ذلك مما فوضه غير مال كالخلع والصلح عن دم العمد فيجوز التصرف فيه قبل قبضه لأن ذلك الإنشاء لا يبطل العقد بتلفه بخلاف ما يبطل العقد بتلفه فلا يصح التصرف فيه قبل قبضه ، وأما فوائد المشتري فيصح فيها التصرف قبل قبضها .

وقول الإمام عليه السلام ﴿أو بئده﴾ أى لا يصح البيع فى مشتري بعد قبضه إذا وقع العقد قبل الرؤية^(١) فى المشتري المشترك بين جماعة فإنه لا يصح لأحد المشترين أن يبيع حصته قبل رؤيتهم جميعا لا من الشركاء ولا من غيرهم ولا من البائع منهم ﴿إلا﴾ أن يبيعه جميعا فيصح ولو قبل رؤيتهم له ، وإنما لم يصح للبعض قبل رؤية الشركاء لأنه يؤدى إلى تفريق الصفقة على البائع أو إبطال خيار الرؤية على بقية الشركاء إذ الحكم فيه لمن رد من الشركاء .

﴿و﴾ لا يصح البيع من مستحق قبض حق الله واجب كـ ﴿الخنس والزكاة﴾ فلا يصح من الإمام ولا من الفقير أن يبيعا ما لم يقبضاه قبض مثله ولو كان البيع بعد التخلية إليهما كتخلية الأعمار على رؤوس الأشجار فإنه لا يصح إلا أن يكونا قد قبلا بعد التخلية أو تقدم تملك للفقير فيصح البيع بعد التخلية وإلا لم يصح ﴿إلا المصدق﴾ إذا كان بأجرة فإن تخلية الزكاة إليه كافية فى كمال القبض فيصح منه بيعها بعد التخلية . ﴿ومتى انضم إلى جائر البيع﴾ المراد متى انضم إلى صحيح البيع ﴿غيره﴾ مما لا يصح وهو فاسد البيع أو باطله ﴿فسد﴾ العقد فى الجميع إلا إذا كان ذلك المنضم مما يدخل تبعا للبيع كالحقوق فلا يفسد وإن كان من غيره فسد نحو أن يبيع الشجر مع الثمر قبل صلاحه أو يبيع الأرض مع السكائن من البذر أو مع أصل كالجزر فإنه يفسد ، وكذا لو قال اشتريت منى هذه العرصة وفيها قبر غير ظاهر أو طريق أو وقف ، ونحو أن يشتري مسلوختين إحداها ميتة أو نحو ذلك فإن البيع يفسد ﴿إن لم يتميز ثمنه﴾ أى عن ما يصح من غيره . أما لو تميز صح : ففى باطله نحو أن يقول بعت منك هذين العبدين كل واحد منهما بألف وكان أحدهما حرا فإنه يصح البيع فى العبد دون الحر فيبطل . وفى فاسده أن يقول بعت منك هذا الزهر أو الثمر الموجود

(١) كأن يكون القبض ليلا فلا يرى ، أو رؤى رؤية غير مميزة عند قبضه اهـ .

الصالح بمائة وما سيخرج أو يصلح بمائة فإنه يصح البيع في الموجود الصالح دون المعدوم والموجود غير الصالح فيفسد .

﴿ فرع ﴾ أما لو باع المرصعة وفيها قبر ولم يذكره فإن كان ظاهراً صح البيع لأن ظهوره كاستثنائه وإن كان مستوراً ففسد . وأما إذا التبس القبر كانت المرصعة لبنت المال للقبر فيها لا للزرع ، فإن كان قبر حربى فلا حرمة له فيصح البيع وإن التبس هل للحربى أم لدى فسد البيع إن كانت الخطة للمسلمين ، وإن كانت للمشركين صح البيع .

﴿ ٢٠١ ﴾ (فصل)

في البيع والشراء الموقوفين وأحكامهما ﴿ وعقد غير ذى الولاية ﴾ وهو من ليس بمالك للمبيع ولا وكيل للمالك ولا ولى له ولا وكيل للمشتري ولا ولى له . وغير ذى الولاية يسمى فقوئياً في الاصطلاح . وعقده ﴿ بيعاً وشراء ﴾ صحيح لكنه ﴿ موقوف ینمقد ﴾ الأولى ینفد لأنه ینمقد ولكن لا ینفد ملك المبيع للمشتري ولا ملك الثمن لصاحب المبيع إلا إذا أجاز المالك أو ذو الولاية إجازة مستوفية شروط الصحة وكان العقد صحيحاً ﴿ قيل ﴾ والقائل الفقيه حسن قال ﴿ ولو ﴾ كان عقد الفضولی ﴿ فاسداً ﴾ ولحقته الإجازة فإنه ینفد كما لو عقد المالك ، والصحيح للمذهب أن العقد الموقوف لا ینفذ بالإجازة إلا إذا كان صحيحاً ، وأما إذا كان فاسداً ولحقته الإجازة كان معاطاة وإن لم تلحقه الإجازة كان باطلا .

قال الإمام عليه السلام ولو لفظ ﴿ أو قصد ﴾ (١) البائع ﴿ الفضولی ﴾ في بيع مال الغير أن البيع ﴿ عن نفسه ﴾ لا عن الغير فإنه ینفذ البيع إذا أجاز المالك وكان الثمن للمالك ولو كان عرضاً ، وهذا بخلاف المشتري الفضولی فإنه لا بد له من الإضافة إلى الغير لفظاً وأوئبة وصادقه البائع وحينئذ إن أجاز المشتري الشراء نفذ العقد وإن لم يجرز

(١) يعود إلى أول الكلام إلى قول الفقيه حسن المحكى بصيغة التضعیف اهـ .

رد المبيع لبائعه إلا إذا أضاف بالثنية ولم يصادقه البائع فيلزمه المبيع ولا يرد للبائع .
﴿مسئلة﴾ من باع مال نفسه ظاناً أنه لغيره نفذ ييمه ولو غن غبنًا فاحشاً كما
ينفذ في النكاح والطلاق والعتق .

﴿واعلم﴾ أن العقد الموقوف لا ينفذ إلا بشروط ستة : ﴿الأول﴾ أن يكون
العقد صحيحاً في مذهب المجيز فإن لم يكن صحيحاً كان باطلاً مع عدم الإجازة ومع
الإجازة معاطاة ﴿الشرط الثاني﴾ الإضافة من الفضولي إلى من له الشراء لفظاً
أو نية ﴿الشرط الثالث﴾ أن تقع الإجازة ﴿مع بقاء المتعاقدين﴾ فلو مات أحد
المتعاقدين بطل العقد ولا بد أيضاً من بقاء العقود عنه والموقوف له ، فإن مات من
إليه الإجازة أو ارتد ولحق بدار الحرب بطل العقد ، فإن لم يلحق بقى العقد موقوفاً ،
وكذا لو زال عقله بقى موقوفاً ومتى عقل صححت منه الإجازة . ﴿و﴾ ﴿الشرط الرابع﴾
بقاء ﴿العقد﴾ فلو بطل العقد قبل الإجازة بفسخ من الفضولي سواء كان الفسخ في
وجه الآخر أم لا فلا تلحقه الإجازة ، أو وقع ما يجرى مجرى الفسخ وذلك نحو أن
يمقد عليه المالك أو الفضولي عقداً آخر فلا تلحقه الإجازة ، لا لو قال المالك لأرضاه
أو لا رغبة لي فيه أو لا أجز فهذا امتناع لا فسخ ، فلو أجاز بمقد ذلك صح إلا أن
يجرى عرف أن الامتناع فسخ بطل العقد وأما بقاء المبيع فليس بشرط . ﴿الشرط
الخامس﴾ أن يقع نفوذه ﴿إجازة من هي له﴾ أي مدة الولاية في الإجازة له بأن
يكون مالكا أو ذا ولاية سواء كانت الولاية من جهتي الوصاية أم الصلاحية المستمرة
أم بالاصالة أم بالنيابة كالوكيل فمن كانت له الولاية ﴿حال العقد﴾ نفذ العقد
بإجازته ، أما لو كانت له حال الإجازة دون حال العقد ، مثال ذلك لو باع فضولي
في مال رجل فانتقل إلى ملك رجل آخر بالإرث لا بغيره ^(١) فأجاز هذا الآخر عقد
الفضولي لم تصح إجازته وما أشبه ذلك ممن تحدث له الولاية بعد البيع كالإمام

(٢) لأنه يكون فسخاها .

والحكم فلا تصح الإجازة من أيهما . فلو كانت الولاية على جهة التولية ثم على جهة الملك . مثال ذلك أن يبيع فضولى مال الصبي ثم يموت الصبي ولا وارث له إلا أباه ثم أجاز الأب بعد أن ملك المال صح ذلك .

﴿مسئلة﴾ والإجازة تكون على التراخي فلا تبطل لإلبرد المبيع وتلحقها الزيادة فى الثمن والمبيع ويصح التوكيل بها وتصح مشروطة بالمستقبل . وقوله : ﴿غالباً﴾ احتراز من صورة تكون الولاية فيها للمعجز حال الإجازة لا حال العقد . مثال ذلك لو باع الفضولى مال الصبي ، فالولاية إلى وليه حال العقد ثم لم تقع الإجازة حتى بلغ الصبي فإن الإجازة حينئذ إلى الصبي . فإذا أجاز صح العقد وكذلك المجنون لو عقل . فلو مات الولي ثم بلغ الصبي لم تصح منه الإجازة لأن العقد قد بطل بموت من كان العقد موقوفاً على إجازته .

والعقد الموقوف ينفذ بالإجازة له ﴿أو إجازتها﴾ أى إجازة الإجازة ، فإن إجازة الإجازة كإجازة العقد ، نحو أن يقول فضولى للبائع الفضولى أجزت عقدك ثم يقول من له الولاية أجزت إجازتك فلو مات المعجز الفضولى قبل إجازة من له الولاية فإن ذلك لا يضر لأن الإجازة انطوت على العقد وإن كانت إجازة للإجازة كما هو ظاهر الأزهار .

﴿الشرط السادس﴾ أن تكون الإجازة أو إجازتها ﴿بلفظ﴾ يفيد التقرير عرفاً فلا يفهم منه الاستنكار أو الاستهزاء : فالتقرير كأن يقول أجزت أو رضيت أو قبلت أو ملكت أو نعم ما فعلت أو هات الثمن أو نحو ذلك ، وكذلك لو قال أحسنت أو أصبت أو جزيت خيراً فإن كان للتقرير صح وإن كان للاستنكار لم يصح . أما لو قال مَدَّ الشملة ، أو افتح الفراة مستهزئاً فلا يصح وغير مستهزئ يصح . ﴿أو﴾ تكون الإجازة واقعة بمزاولة ﴿فعل يفيد التقرير﴾ عرفاً نحو أن يسلم المبيع الذى يبيع عنه أو بعضه أو يقبض الثمن أو بعضه أو يقبض المشتري له أو بعضه ، وكذا

لو تصرف فيه بعتق أو وقف أو أى تصرف كان - بعد علمه بالعقد والتمن والمبيع وكذلك لو لم يصح تصرفه نحو أن يبيع المبيع قبل قبضه من البائع إليه كان ذلك إجازة . فلو فعل فعلا يفيد التقرير مع علمه بأنه المبيع أو أنه الثمن وإن لم يعلم كونه إجازة فإنه يكون إجازة ﴿ وإن جهل حكمه ﴾ فلا تأثير للجهل، وكذا لو أتى بلفظ يفيد الإجازة وهو جاهل لسكونه إجازة صحت ولا تأثير لجهله حكم اللفظ إذا كان عارفا لمعناه. أما لو كان جاهلا لمعنى اللفظ كالأعجمي فلا يصح. وأما جهله حكم اللفظ فلا يضر إذا كان عالما بالعقد والتمن والمبيع كما تقدم ، وأما لو صدر منه ذلك وهو جاهل أن المبيع ملكه أو علم بالعقد وجهل صحته فإن ذلك لا يضر وتصح الإجازة .

﴿ فرع ﴾ ولا حكم للإجازة من السامى ومن سبقه لسانه ومن الحاكى عن غيره ومن المكره كما مر فى الإكراه .

قال الإمام عليه السلام: ﴿ لا ﴾ لو صدر منه ذلك وجهل ﴿ تقدم العقد ﴾ فإنه لا يصح ، فإذا لم يعلم بنقد الفضولى وفعل فعلا أو قال قولا يفيد الإجازة فإن ذلك لا يكون إجازة ويقبل قوله فى أنه لا يعلم إذ لا يعرف إلا من جهته .

﴿ و ﴾ إذا باع الفضولى أو اشترى بنين فأجاز المميز فإن البائع ﴿ يخير ﴾ بمد الإجازة ﴿ لئلا يفتش جهله قبلها ﴾ أى قبل الإجازة لا بعدها وله الخيار أيضا لفوات غرض مقصود فلو كان غرضه الطعام وباع الفضولى بنقد فله الخيار، وكذا لو كان الثمن نسيئة وعادتهم لا يؤجلون، وكذا لو كان الثمن من غير النقد المعتاد فله الخيار إلا أن يجرى به التعامل فلا خيار ويكون له الخيار فيما ذكر إن لم يعلم ذلك قبل الإجازة وفيما عدا ذلك لا خيار له ولو جهل المبيع أو قدره وكذا لو جهل الثمن أو قدره مهما لم يكن عليه غبن فاحش ، فلو زاد المال بعد العقد ثم أجاز صاحبه بعد أن زاد ﴿ قيل ﴾ يدخل المبيع فى العقد ﴿ ولا تدخل الفوائد ﴾ بل تكون للبائع ﴿ ولو ﴾ كانت ﴿ متصلة ﴾ حال الإجازة كالصوف واللبن أو منفصلة كالولد والتمر بعد انفصالهما .

ومنهم من اعتبر علم البائع وعدمه . والصحيح للمذهب أن تلك الفوائد تدخل في العقد مطلقا سواء كانت متصلة عند الإجازة أم منفصلة علم البائع بها أم جهل لأن المبيع يملك بالإجازة منعتا من يوم العقد فالإجازة تقرر العقد من يوم وقوعه .

﴿ فرع ﴾ فلو باع فضولى دار زيد ثم مضت مدة طويلة ثم علم البائع وأجاز لزمته الأجرة للمشتري من يوم البيع ولو استغرق الثمن لكن إذا حقرت له المدة وأجاز فلا يبعد أن يكون له خيار الفرر لأنه ما أجاز الآ بناء على أن المدة حقيرة .

﴿ مسألة ﴾ وإذا أحدث المالك في المبيع شيئا بعد العقد ثم أجاز نحو أن يبني جداراً أو يفرس شجرة أو نحو ذلك فلا بدخل في المبيع إلا ما شمله العقد مما يدخل تبعاً للمبيع إلا ما أحدثه من بعد العقد .

﴿ و ﴾ اعلم أنه ﴿ لا يتعلق حق ﴾ من حقوق العقد ﴿ بفضولى ﴾ أو وكيل وأضاف من قبض المبيع وتسليم الثمن والرد بالخيارات بل ذلك إلى المالك ﴿ غالباً ﴾ احترازاً من صورتين .

﴿ الأولى ﴾ حيث أجاز المالك وقد علم بقبض الفضولى للثمن أو المبيع فتكون إجازة للمبيع وقبض الثمن وحينئذ يتعلق به حق المطالبة بحيز المبيع بالثمن ولا يطالب المشتري لأنه قد برئت ذمته فلو تلف بجناية ضمن الفضولى للبائع ومن غير جناية ولا تقربط يكون تلفه من مال البائع، فلو أجاز البائع غير عالم بقبض الثمن وتلف في يد الفضولى بلا جناية ولا تقربط تلف من مال المشتري، وكذلك لو قبض المبيع ، وإذا تعلق به حق البيع أو الثمن فلا يتعلق به حق آخر .

﴿ الصورة الثانية ﴾ إذا جعل الفضولى الخيار له فأجاز المالك عالماً فإنه يكون الخيار للفضولى . ﴿ و ﴾ إذا باع الفضولى من واحد ثم من آخر فأجاز المالك فعلة وجب أن ﴿ تلحق ﴾ الإجازة ﴿ آخر العقدين ﴾ لأن العقد الأول قد أبطل بالثاني إذ الثاني فسخ للأول ولو كان في محضر المشتري وصح الثاني بإجازة المالك فلو أجاز المالك

المقد الأول لم يصح فلو التمس المتأخر فأيهما يبين أنه المتأخر حكم له وإلا فلن قبضه بإذن البائع وإلا فلن أقر له البائع وإلا قسم بينهما بعد التحالف والنكول ولهما الخيار .

﴿ فرع ﴾ فلو باع فضوليان صح عقد من أجبر عقده فلو أجزأ معاً وكانت الإجازة مرتبة صح عقد من تقدمت إجازته وإن كانت الإجازة بلفظ واحد بطل العقدان ﴿ وينفذ ﴾ البيع ﴿ في نصيب العاقد ﴾ إذا كان ﴿ شريكاً ﴾ باع نصيبه ونصيب غيره ويبقى نصيب غيره موقوفاً على إجازته فإن أجاز نفذ وإلا صح في نصيب العاقد فقط إذا كان المبيع مما قسمته إقراراً ، وكذا لو كان مشاعاً فيصير المشتري شريكاً ﴿ غالباً ﴾ احترازاً من بعض الصور فإنه لا ينفذ البيع في نصيب العاقد . ولا في نصيب غيره إلا بالإجازة من الشركاء وذلك حيث يحصل بنفذه ضرر على الشركاء . مثال ذلك لو كان أربعة شركاء في أرض أرباعاً فباع أحدهم ربع ذلك المشترك وعينه في جانب معين من الأرض فإن المقد لا ينفذ في نصيبه لأن ذلك يؤدي إلى أن يستحق المشتري ربع الربع ويلزم لو فعل البائع كذلك في ربع ثان وثالث ورابع فيصح ربه في مواضع وذلك يضرب بالشركاء فلا يصح ، وهذا إذا باع كل ربع إلى شخص أما لو باع الربع المعين بصفقة واحدة فإن أجاز الشركاء جميعاً نفذ البيع في ذلك الربع كله ويشتركون في ثمن الربع وتبقى الثلاثة الأرباع مشتركة بينهم اللهم إلا أن يقصد البائع القسمة^(١) وأجازوا صح البيع وكان الثمن له وحده وباقي المال لهم فإن لم يصادقوه في قصد القسمة بعد أن أجازوا فالقول قولهم فلو أجاز الشركاء البيع وصادقوا البائع بأنه قصد القسمة ولكن قالوا لا يميزها نفذ البيع على الجميع لا القسمة ..

﴿ فرع ﴾ وهكذا في الأرض والدور المشتركة بين جماعة إذا كانت المصلحة

(١) ولو وقت القسمة بعد موت الشريك إذ العاقد هنا هو المالك لا الفضولي فلا يشترط بقاؤه

في قسمة بعضها في بعض ثم وقف أو باع أحدهم نصيبه في أحدها فإنه لا يصح إلا أن يرضوا به كلهم ويكون الأمر كما تقدم فلو شفع سائر الشركاء جاهلين أن الشفعة اجازة صحت القسمة وصحت الشفعة .

﴿ ٢٠٢ ﴾ (فصل)

﴿ في كيفية تسليم المبيع ومكانه ووقته وأحكام تتعلق بذلك ﴾

﴿ واعلم ﴾ أن التسليم في البيع هو أن يحلّي البائع بين المبيع وبين المشتري على وجه يتمكن المشتري من قبضه من غير حائل ولا مانع . فإن كان « المبيع منقولاً » فتسليمه إلى المشتري يكون بمناولته كله من يد البائع أو وكيله إلى يد المشتري أو وكيله ، كما يكون بالتخلية مع الإذن بالقبض ونقل جميعه لا بعضه فلا يكفي . وإن كان « المبيع عقاراً » وهو ماله أصل وقرار كدار وحانوت وأرض ونحوها فتسليمها إلى المشتري يكون بالتخلية من البائع على وجه يتمكن المشتري من قبضها بأن تكون قريبة منه ومعنى القبض التصرف في المبيع ولو في بعضه كأن يدخل بعض المنازل من الدار دون بعض أو يحرق بعض الأرض دون بعض ولو كانت الأراضي غير متصلة فإن التصرف في بعضها قبض ، وكذا لو طاف الأرض البيعة كان قبضاً ، وقد أوضح الإمام عليه السلام حكم القبض بالتخلية في المنقول وغيره بقوله « والتخلية الصحيحة بين المشتري والمبيع وهي التي جمعت الشروط الآتية إذا وقعت ﴾ (للتسليم) مع علم المشتري أنه المبيع فهي « قبض » أما لو وقعت التخلية لا قصد التسليم أو جهل المشتري أنه المبيع أو اختلفاً في كونها للتسليم أم لغيره فلا تكون قبضاً ومع قصد التسليم تكون قبضاً إلا إذا كان المبيع مما يفتقر إلى كيل أو وزن فلا تكفي التخلية في قبضه بل لابد من الكيل أو الوزن ، وهذا في غير المشاع أما في المشاع

كمشرة أصوع من هذه الصبرة فتكفي التخلية إلا في الصرف والسلم فلا بد فيهما من القبض الحقيقي .

﴿واعلم﴾ أن للتخلية شروطاً لا تكون صحيحة إلا بها وهذه الشروط منها ما يعتبر في العقد ومنها ما يعتبر في البيع . أما ما يعتبر في العقد ﴿فشرطان﴾ «الأول» أن تكون ﴿في عقد صحيح﴾ في مذهب المشتري أو الوكيل غير المضيف فلو كان العقد فاسداً لم تكن التخلية قبضاً بل لابد من نقل ما ينقل والتصرف في غيره كما تقدم ذكره آنفاً . «الثاني» أن يكون العقد ﴿غير موقوف﴾ فلو كان موقوفاً ووقعت التخلية لم تكن قبضاً إلا إذا وقعت بعد إجازة العقد كان قبضاً فلو قبض المبيع بالتخلية قبل الإجازة ثم وقعت الإجازة فلا تكون تلك التخلية قبضاً ولا بد من القبض الحقيقي ، هذا هو الصحيح من المذهب لأنه في يده قبل الإجازة كالقبض وبالإجازة أمانة .

﴿و﴾ أما الشروط التي لا تعتبر في البيع فهي ﴿ستة﴾ : «الأول» أن تكون التخلية واقعة ﴿في مبيع غير معيب﴾ فلو كان معيباً لم تكن التخلية قبضاً سواء علم المشتري بالعيب قبل التخلية أم بعدها إلا أن يرضى به معيباً ويعلم بالعيب قبل العقد كفت التخلية في قبضه لأنه قد يبطل خياره بالعلم قبل العقد أو بالرضى . ﴿و﴾ «الشرط الثاني» أن ﴿لا﴾ تكون التخلية في مبيع ﴿ناقص﴾ فهي لا تصح إلا في مبيع كامل قدرأ وصفة وإلا لم تكن قبضاً إلا إذا رضى المشتري بالنقص . ﴿و﴾ «الشرط الثالث» أن ﴿لا﴾ يكون المبيع ﴿أمانة﴾ في يد المشتري فإن كان أمانة في يده لم تكن تخليته قبضاً بل لابد من تجديد قبض بعد العقد بنقل أو تصرف فلو تلف قبل تجديد القبض تلف من مال البائع ، وكذلك لا تكون التخلية قبضاً لو كان في يد المشتري ضامنه أى ضمان عدوان كالغصب والمسروق فلا بد من تجديد قبض كما تقدم . ﴿الشرط الرابع﴾ أن يكون المبيع ﴿مقبوض الثمن﴾

كله وإلا لم تكن التخلية قبضاً وتسليم بمض الثمن ولا يبيح له قبض بمض المبيع ﴿أو في حكمه﴾ أو يكون المبيع في حكم مقبوض الثمن نحو أن يكون الثمن مؤجلاً أو في ذمة البائع من قبل أو قد سقط بالإبراء أو نحوه ، وكذا لو كان الثمن حاضراً وقال للمشتري اقبض فتى كان المبيع مقبوض الثمن أو في حكم مقبوض الثمن صح قبضه بالتخلية وإلا فلا . فلو كان المبيع حاضراً وقبضه المشتري وسكت البائع فلا يكون سكوته إذناً بالقبض إذا لم يكن قد قبض الثمن إذ المعتبر الإذن أو قبض الثمن .

﴿الشرط الخامس﴾ أن تكون التخلية ﴿بلا مانع﴾ للمشتري ﴿من أخذه في الحال﴾ لا في المستقبل فلا يضر المانع فيعتبر أن يكون المبيع حاضراً بالقرب منه بحيث يمكن قبضه سواء كان منقولاً أم غير منقول فلو كان بعيداً فلا يكفي في صحة التخلية أن يمضي وقت يمكن فيه قبضه وأما إذا وجد مانع من قبضه في الحال فلا تصح التخلية ومثال المانع أن يكون المبيع في يد الغير وسواء كان في يد الغير بحق كالأجرة التي لا تنفسخ أو بغير حق كالغصب ، ونحو أن يخشى عليه من ظالم في الحال أو قبضه لا لو خشى في المال ، ونحو أن يكون الفرس نفوراً لو حاول أخذه ، وكذا ما أشبهه من الحيوانات .

﴿الشرط السادس﴾ قوله ﴿أو نفعه﴾ أي لا بد أن تكون التخلية بلا مانع من الانتفاع به ، مثال المانع أن يكون المنزل مغلقاً حينئذ لا تكون التخلية قبضاً له إلا مع تسليم مفاتيحه التي يمكن فتحه بها ، وكذا لو كان المبيع مشغولاً بملك البائع أو بملك غيره فلا تكون التخلية قبضاً حتى يفرغه البائع إلا أن يشتري صحت أن تكون قبضاً ولكن له الرجوع قبل تفرغه كخيار بعد التسليم .

﴿والحاصل﴾ أن التخلية لا تكون صحيحة إلا إذا اكتملت شروطها كما تقدم فإذا اختلف شرط منها نحو أن يكون العقد فاسداً أو موقوفاً قبل الإجازة ويكون المبيع في يد المشتري أمانة فلا تكون التخلية قبضاً ولا بد من القبض الحقيقي . وإذا

كملت شروطها غير أن البيع معيب أو غير مقبوض الثمن أو ناقص أو كان ثم مانع، من الانتفاع به ثم رضى المشتري بما اختل من هذه الشروط كانت التخلية قبضاً فلو تلف المبيع تلف من ماله .

وإذا تنازع البيعان أيهما يسلم أولاً فالصحيح ﴿ أنه يقدم تسليم الثمن إن حضر المبيع ﴾ بحيث يمكن قبضه عقيب تسليم الثمن فإن كان غائباً لم يلزم المشتري تقديم تسليم الثمن كما لا يجب عليه التسليم إلا إلى موضع العقد وإذا كان الثمن مؤجلاً فلا يلزمه التسليم إلا عند حلول الأجل بعد الطلب فلو كانا مبيعين معاً فيكون التسليم يبدأ بيد فلو باع من اثنين حبس المبيع حتى يستوفى منهما إلا إذا كان مما قسمته إفراداً فيسلم حصته من قد سلم .

﴿ ويصح ﴾ من المشتري ﴿ التوكيل بالقبض ولو ﴾ وقع منه التوكيل ﴿ للبائع ﴾ بأن يقبض له من نفسه صح ﴿ و ﴾ لكن إذا كان البائع هو الوكيل بالقبض فإنه ﴿ لا ﴾ يصح أن ﴿ يقبض بالتخلية ﴾ بل لابد من تجديد قبض ليمتيز قبض المشتري من قبض البائع ، وقد تقدم أن اليد لا تكون قبضاً فيكون قبل القبض ضميناً وبعده أميناً .

﴿ فرع ﴾ فلو قال للبائع أمسك المبيع أو أدخله بيتك كان توكيلاً بقبضه لا لو قال له أتركه أو احفظه فلا يكون توكيلاً لأنه لم يؤمر بالفعل .

﴿ مسألة ﴾ إذا اشترى رجل حيواناً أو نحوه وتركه عند البائع وشرط له أجرة على حفظه والقيام به فإن نقله صح ذلك توكيلاً وقبضاً وكان كالأجير المشترك يضمن غير الغالب وإلا فلا يصح قبضاً .

﴿ مسألة ﴾ وإذا قال المشتري للبائع ابعث به إلى مع فلان أو نحو ذلك ثم فعل وتلف المبيع مع فلان فهو من مال البائع إلا أن يجري عرف بأنه يكون وكيلاً للمشتري فمن ماله ، وإن قال ادفعه أو أرسله إلى فلان وعلم فلان بذلك وتسلم المبيع كان وكيلاً

للمشتري وإذا لم يعلم كان وكيلا للبائع .

﴿ و ﴾ من باع شيئاً فإن ﴿ المؤن ﴾ للمبيع والقوائد تكون ﴿ قبل القبض عليه ﴾ أى على البائع لا على المشتري وذلك ﴿ كالنفقة ﴾ للعبد والعلف للهيمة وأجرة الحفظ ونحو ذلك . ﴿ و ﴾ كذا مؤن ﴿ الفصل ﴾ نحو أن يبيع خشبة من سقف أو حجراً من جدار أو فصاً من خاتم أو نحو ذلك فإن مؤن الفصل على البائع ، وكذا مؤن قطع الشجر ومساحة الأرض إذا باع أذرعاً معلومة إلا أن يجري عرف بخلافه . ﴿ و ﴾ كذلك ﴿ الكيل ﴾ والوزن والدرع يكون على البائع لا على المشتري . ﴿ لا ﴾ لو باع الثمرة على الشجرة كالعنب والرطب ونحوها فإنها لا تلزم البائع مؤن ﴿ القطف ﴾ بل تكون على المشتري ، وكذا حصد الزرع وقطع القصب ونحو ذلك مما جرى به العرف أنه على المشتري . ﴿ و ﴾ كذلك ﴿ الصب ﴾ إذا كان البائع قد ملأ الكيال فإن صبه على المشتري ولو تعدد الكيل إذا حضر المبيع جميعه . وكذلك مؤن تسليم الثمن كوزنه ونقده وحمله وأجرة كتابة السندات والحجج وصكوك المبيعات تكون على المشتري .

﴿ ولا يجب ﴾ على البائع ﴿ التسليم ﴾ للمبيع ﴿ إلى موضع العقد ﴾ وإنما الواجب أن يسلم المبيع حيث هو إلا أن يشترط عليه تسليمه إلى موضع العقد لزمه الوفاء به ويكون العقد قد انطوى على بيع وإجارة ، وكذا لو جرى العرف بذلك لزمه أيضاً أن يسلمه إلى موضع العقد . وقول الإمام عليه السلام ﴿ غالباً ﴾ احترازاً من أن يجهل المشتري موضع البيع عند العقد فإنه يجب على البائع تسليمه إلى موضع العقد فإن علم أنه في موضع فأنكشف أنه في آخر لزم إحضاره أيضاً إلى حيث علم المشتري فإن علم غيبة^(١) المبيع وجهل في أى موضع لم يلزم البائع إحضاره وحيث جهل موضع المبيع فله الخيار في الفسخ ما لم يحضر وهذا ليس من الخيارات الآتية بل خيار مستقل .

(١) وحد الغيبة أن يكون لنقله مؤنة ولو في البلد اهـ .

﴿ فرع ﴾ وأما الثمر فيجب تسليمه إلى موضع العقد ولعل الفرق بين الثمن والبيع أن البيع يتم بمخلاف الثمن فلا يتمين فوجب تسليمه إلى موضع العقد .
 وقوله ﴿ أو منزل المشتري ﴾ يعنى ولا يجب أيضاً على البائع تسليم المبيع إلى منزل المشتري ﴿ إلا لعرف ﴾ جرى بذلك كما جرى في الحطب والحشيش والأخشاب حيث كانت محمولة فإن العرف جار في المص بأن يوصله البائع إلى منزل المشتري لأن العرف الجارى في الماملات كالمشروط في العقد وهذا إذا كان المنزل معروفاً في المص عند المشتري وإلا فسد البيع للجهالة فإن كان المنزل خارجاً عن المص ثبت للبائع الخيار في الفسخ .

﴿ فرع ﴾ ومهما جرى عرف بذلك أو شرط فقد صار بيعاً وإجارة إن كان لثله أجرة فلو امتنع من الإيصال ولم يتمكن من إجباره أو تمذر بوجه من الوجوه كان للمشتري الفسخ إن أحب أو يسقط من الثمن أجرة المثل لإيصاله بحد تقسيط الثمن على قيمة المبيع وأجرة المثل مثاله : لو كان الثمن اثنى عشر والقيمة ستة دراهم وكانت أجرة المثل درهمين فإن أضفت الدرهمين إلى الستة صارت ثمانية وبمد ذلك تسقط بقدر الدرهمين من الثمانية الربع منسوباً من الثمن فتسقط من الاثنى عشر ثلاثة إذ هي ربع الثمن وعلى هذا فقس فإن استويا أى كانت أجرة المثل لإيصاله مثل القيمة سقط من الثمن نصفه مقابل إيصال المبيع لأن أجرة المثل إذا كانت ثمانية والقيمة ثمانية صارا ستة عشر فنسبة الأجرة من ذلك النصف ونصف الثمن هو ستة وستانى مثل هذه النسبة في الإجارة ليعب المؤجر .

﴿ ولا ﴾ يجوز أن ﴿ يسلم الشريك ﴾ نصيبه إذا باعه من غير شريكه أو من شريك ثالث لهما وسواء كان غير منقول أم منقولاً مما ليست قسمته إفراداً^(١) ﴿ إلا بمحضور شريكه ﴾ في مجلس التسليم حيث لا يخاف عليه من ظالم وإلا فلا بد من حضوره

(١) فإن كان مما قسمته إفراداً أفترز وعليه أن يصير حصة الشريك إلى شريكه .

﴿أو إذنه﴾ إذا كان غائباً وإلا فليس له التسليم ولو كان المبيع في نوبته ومتى حضر جاز للبائع التسليم ولو كره الشريك وحيث أذن فليس له الرجوع . ﴿أو﴾ أذن الحاكم ﴿لأنه يقوم مقامه إذا كان متمرداً عن الحضور والإذن أو كان غائباً مسافة بريد .

﴿مسئلة﴾ فلو كان المشتري حاكماً أو ولي يقيم واليتيم الشريك كان كما إذا سلمه بإذن الشريك . ﴿وأن﴾ لا يمكن التسليم في محضر الشريك ولا أذن به ولا أذن الحاكم ﴿ضمن﴾ نصيب شريكه ﴿إن أذن﴾ البائع للمشتري أن يقبضه ﴿والقرار﴾ في الضمان ﴿على الآخر﴾ وهو المشتري أو وكيله ﴿إن جنى﴾ على المبيع ﴿أو علم﴾ الاشتراك ومعنى ذلك أن البائع إذا غرم لشريكه رجع على المشتري بما غرم إن جنى المشتري أو علم الاشتراك . ولو تلف بآفة سماوية فأما لو لم يحن ولا علم وتلف نصيب الشريك بآفة سماوية كان القرار على البائع وهذا إذا قبضه المشتري بإذن البائع وإلا ضمن المشتري مطلقاً سواء جنى أم لا علم الاشتراك أم لا ولو كان البائع قد قبض الثمن ، هذا هو الصحيح ولا فرق بينه وبين المنقول وغيره أما لو تلف بجنابة من غيرها فعلى ما تقدم من التفصيل والقرار على الجاني .

﴿مسئلة﴾ ويصح بيع الشريك في الحيوان من غير شريكه ولو إلى بلد بعيد بحيث لا يمكن صاحبه استيفاء حقه .

﴿ولا ينفذ في البيع﴾ ونحوه ﴿قبل القبض﴾ شيء من التصرفات والمراد لا يصح شيء من التصرفات من إجارة أو بيع أو هبة أو ولو إلى رحمه أو نذراً أو وصية أو إنكاح أمة أو رهن حتى يقبضه المشتري أو وكيله وإلا كان فاسداً هذا في المبيع ، وأما فوائده فيصح التصرف فيها قبل القبض وأما المبيع فلا يصح ﴿إلا﴾ ما كان استهلاكاً مثل ﴿الوقف والعق﴾ إذا كانا بمقد صحيح فإن ذلك يصح قبل القبض للمبيع ﴿ولو﴾ كان العق ﴿بمال﴾ كالكتابة ونحو أن يشتري العبد نفسه ويكون

عتقه بأن ينقل نفسه فإن ذلك يصح قبل القبض للمبيع أيضاً لأنه من الاستهلاك .
ومن الاستهلاك أيضاً الجناية كالقتل وكسر الآنية من غير نقل سواء كان بفعله
أو أمره .

﴿ ثم إن تعذر ﴾ قبض ﴿ الثمن ﴾ من المشتري بإعساره أو تمرده أو الحجر عليه
بعد أن أعتق قبل القبض ﴿ فللبائع فسخ ما لم ينفذ ﴾ كالتدبير قبل الموت والكتابة
قبل الإيفاء ويبطل العقد ويعود للبائع ويرد المشتري ما قبض من مال الكتابة وللبائع
﴿ استسماؤه في ﴾ العتق ﴿ النافذ ﴾ كالمعتق المطلق والتدبير بعد الموت والكتابة بعد
الإيفاء والاستيلاء قبل الموت أو بعده وإنما يستسعيه ﴿ بالأقل من القيمة ﴾ و ﴿ من
﴿ الثمن ﴾ فأيهما كان الأقل سعى به ويدفعه إلى البائع ﴾ ويرجع ﴿ بما سعى به
﴿ على المعتق ﴾ أى ويرجع العبد بما سعى به على المعتق وهو المشتري ولكن إن نوى
الرجوع وإلا فلا .. أما أم الولد فتسمى بالثمن ولا ترجع بما سمت .. وأما إذا تعذر
الثمن بعد أن وقف المبيع المشتري قبل قبضه استسعى العبد كما في العتق فإن لم يكن
المبيع عبداً استغل الموقوف البائع حتى يستوفي الأقل من القيمة أو الثمن ^(١) ويرجع
المتصرف للوقف بالغلة على الواقف كما يرجع العبد بما سعى هذا ما لم يكن الوقف
مسجداً أو مقبرة قد قبر فيها وإلا بقي الثمن في ذمة المشتري ^(٢) إلى أن يمكن استيفاءه
منه وذلك لتعذر استغلالها .

﴿ ومن ﴾ اشترى عبداً من شخص ثم ﴿ أعتق ما اشتراه ﴾ وكان شراؤه لذلك
العبد ﴿ من مشتر ﴾ له ﴿ لم يقبض ﴾ ذلك العبد حتى باعه قبل القبض فإذا كان العقد
صحیحاً ﴿ صح ﴾ العتق ﴿ إن أعتقه ﴾ هذا المشتري الآخر ، وكذا تصح سائر
التصرفات إلا لسفعة فيه لا به لأنهما لا يجوزان في الفاسد ولا بد من أن يكون

(١) وحيث يزيد الثمن على القيمة يبقى الزائد للبائع في ذمة المشتري اهـ .

(٢) كما لو زاد الثمن على القيمة اهـ .

المتق أو نحوه ﴿ بعد ﴾ أن وقع منه ﴿ القبض بإذن الأولين ﴾ أى بإذن البائع الأول والمشتري الذى باع قبل القبض ﴿ أو ﴾ بإذن ﴿ الثانى ﴾ وهو المشتري الذى باع قبل القبض إذا كان إذنه بعد كونه ﴿ موفراً للثمن ﴾ إلى البائع الأول أو فى حكمه كأن يكون مؤجلاً ﴿ وإلا ﴾ يمتقه بعد قبضه بل قبل أن يقبضه أو بعد قبضه من دون إذن منهما أو يأذن من الثانى قبل أن يوفى الثمن إلى البائع الأول أو يأذن البائع الأول ﴿ فلا ﴾ يصح المتق لوقوعه قبل الملك .

﴿ وما اشترى بتقدير ﴾ لفظاً ووقع التقدير بكيل أو وزن لا غيرها كبعت منك هذا على أنه مائة مد أو مائة رطل بكذا أو بعت منك هذا كل مد أو رطل بكذا ﴿ و ﴾ قد ﴿ وقع ﴾ تقديره فعلاً ﴿ قبل اللفظ ﴾ بالبيع إيجاباً وقبولاً أو لم يقدر قبل اللفظ وأراد مشتريه أن يبيعه ولو من البائع الأول ﴿ أعيداً ﴾ كيله أو وزنه بالفعل بعد لفظ البيع والشراء الأول وذلك ﴿ لبيعه ﴾ الآخر ﴿ حتماً ﴾ أى لزوماً فلا يجوز بيعه قبل إعادة الكيل ولو كان المشتري الآخر مشاهداً لكيل الأول ولم يفارقه فإن باعه بغير إعادة كيل كان فاسداً لما أخرجه البارقلى من حديث جابر « نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان . صاع البائع وصاع المشتري » ونحوه للبخاري من حديث أبي هريرة بإسناد حسن . فدل على أنه إذا اشترى الشيء مكابلة وقبضه المشتري ثم باعه لم يجز تسليمه بالكيل الأول حتى يكيله على من اشتراه ثانياً . ومن ذلك بعت منى هذا المد فلا يصح أن يبيعه إلا بإعادة كيله وإن أشبهه الجزاف من أنه إذا زاد لم يجب رد الزائد ولا تلزم التوفية إن نقص هذا ، وأما إذا ملك بغير الشراء أو بالشراء جزافاً من غير ذكر كيل ولا وزن فإنه يصح بيعه بلا كيل ولا وزن . وكذا لو كاله أولاً ثم قال بعت منك بكذا كان من بيع الجزاف فلا يلزم كيله عند إرادة بيعه . وقوله « وقع قبل اللفظ » أى فلو كاله أو وزنه بعد اللفظ كفى فلا يحتاج إلى كيل أو وزن آخر إذا أراد بيعه وسواء كاله أو وزنه بعد اللفظ

أحدهما أو أجنبي بإذن أيهما . وكذا لو كان المبيع مُدّاً من صبرة ثم كاله البائع للمشتري فقد كفاه كيّله فلا يعاد لإرادة البيع وكذا لو لم يرد المشتري بيعه بل أراد النذر به أو الهبة أو نحو ذلك من سائر التصرفات فلا يجب إعادة تقديره لذلك كما يجب لو أراد بيعه . فعرفت أنه إذا لم يشتري بل ملك بغير ذلك أو اشتري جزافاً أو بتقدير بعد اللفظ أو لم يرد بيعه بل تصرف آخر فإنه لا يجب إعادة ذلك التقدير ولكن مهما جمع الشروط المتقدمة لم يجز بيعه إلا بعد إعادة الكيل أو الوزن وكذا المراجعة والتولية وجعله رأس مال سلم فلا يجوز ذلك كله إلا بعد الإعادة إذ هو يبيع في جميع هذه الصور فلا يصح من المسلم إليه أن يبيع رأس مال المسلم أو يسلمه إلى غيره بعد قبضه حتى يعيد كيّله أو وزنه وأما الإقالة للبائع فتصح قبل إعادة ذلك إذ هي فسخ .

﴿واعلم﴾ أن الكيل والوزن ليس أحدهما شرطاً في صحة القبض إذا وقع القبض بدونهما لأن القبض قد حصل دائماً بالمنوع بيعه إذا كان على تلك الصورة حتى يعيد كيّله أو وزنه للخبر ، فلو باعه كان البيع فاسداً لعدم التقدير ولكن، يملك في الفاسد بالقبض .

﴿إلا﴾ المقدّر ﴿الذروع﴾ والمعدود إذا اشترياً بتقدير ولو وقع قبل اللفظ فإنه لا يجب إعادة ذره أو عدده لو أراد أن يبيعه لعدم الدليل فيهما ولعدم الرجوع رد الزيادة أو توفية النقص فيهما .

﴿ويستحق القبض﴾ للمبيع بأحد أمرين : إما ﴿بإذن البائع﴾ ومهما أذن بالقبض فليس له الرجوع عن الإذن وقوله ﴿مطلقاً﴾ أي سواء كان المقدم صحيحاً أم فاسداً فإن المشتري يستحق القبض له بإذن البائع إذا لم يكن المبيع مشتركاً .

«الأمر الثاني» قوله ﴿أو توفيره﴾ جميع ﴿الثمن﴾ على البائع من المشتري أو تبرّع الغير عنه أو كان من البائع تأجيله أو إبراؤه فإنه بعد حصول واحد منها يستحق المشتري قبض المبيع وله أن يقبضه سواء أذن البائع أم لا ، وهذا إما يكون ﴿في﴾

العقد (الصحيح) فقط دون الفاسد فلا بد من الإذن له من البائع ولو بعد التوفير ونحوه وإذا استحق المشتري القبض بأى هذين الوجهين جاز له قبض المبيع أينما وجدته سواء وجدته فى يد البائع أم فى يد غيره (فلا يمنع منه) حينئذ (إلا ذو حق) فى المبيع وذلك (كالمستأجر) فإن له منعه حتى تنقضى مدة الإجارة إذا لم يكن البيع لعذر أو أجاز المستأجر كما تقدم وكذا المستعير لو كان له زرع فله منعه حتى تنقضى المدة وتلزم الأجرة للمشتري من يوم العقد إذ البيع رجوع عن العارية وكذا له منعه حيث يبيع للايفاء أو لرهن الثمن فله الحبس حتى يستوفى وإن يبيع بغير ذلك فهو موقوف كما يأتى فلو قبضه المشتري بغير إذن من المستأجر أو المرتهن فلهما استرجاعه فأو تلف قبل الاسترجاع فللمرتهن أن يرجع على المشتري وتكون القيمة رهنا ويبطل البيع لأنه تلف قبل نفوذه ومتى استوفى كمال القيمة للبائع حيث لم يتساقطا . أما لو أذن المرتهن أو المستأجر بالقبض فلا يكون لهما استرجاعه إذ قد بطل الحق بالإذن .

وقوله (لا الناصب السارق) أى ليس لهما المنع وكذا المستعير الذى ليس له الحبس ، والوديع فليس لهؤلاء الحبس بعد علمهم بالبيع وتوفير الثمن فى البيع الصحيح أو الإذن من البائع بالقبض ولو كان البيع فاسداً ومثلهم المستأجر حيث تنفسخ إجارته بالبيع وأما إذا لم يكن قد سلم المشتري الثمن أو سلمه والعقد فاسد دام يكن قد أذن له البائع بالقبض فليسكل ممن هو فى يده أن يمنعه منه سواء كان فى يده بحق أم لا كالناصر لأنه مأمور بحفظه ورده إلى البائع .

(واعلم) أن من أخذ المشتري منه أن يطالبه برده إليه إذا أخذه قبل أن يستحق القبض إلا الناصب والسارق فطالبتهما بالإرجاع إلى البائع أو إلى الحاكم إن كان البائع غائبا .

باب الشروط المقارنة للعقد

هي على ثلاثة أضراب الأول يفسد به العقد ، والثاني يصح الشرط ولا يفسد العقد ، والثالث يلغو الشرط ويصح العقد ، وقد اشتمل هذا الباب على فصلين : أولهما للضرب الأول ، وثانيهما للثاني والثالث . وإنما قال الإمام عليه السلام المقارنة للعقد ليخرج ما تقدم أو تأخر من الشروط المفسدة فإذا انبرم العقد خالياً منها كان صحيحاً ويلغو الشرط .

(فصل)

﴿٢٠٣﴾

في بيان الضرب الأول وهو أن العقد **﴿يفسده﴾** من الشروط إما **﴿صريحاً﴾** وهو ما كان مصرحاً فيه بأى حروف الشرط «فهو» أى المفسد «ماعلقه بمُستقبل» على جهة الدوام نحو بعت منك كذا إن جاء زيد ، أو إذا جاء ، أو متى جاء ، أو إذا أعطيتني الثمن فقد بعت منك أو إذا جاء غد ونحو ذلك من صريح الشروط مهما تعلق بمُستقبل فإنه يفسد العقد **﴿إلا﴾** الشرط **﴿الحالى^(١)﴾** فإنه يصح معه العقد وكذا الماضي نحو أن يقول بعت منك هذا إن كان في ملكي أو إن كنت ابن فلان أو إذا كان قد حصل كذا فإن انكشف حصول ذلك الشرط ثبت البيع وإن انكشف عدمه بطل العقد وإن التبس بين المشتري وإلا حلف البائع على القطع ما يعلم أنه ابن فلان مثلاً وإلا بطل العقد حيث لا بينة ولا يمين . . ومن الشرط الحالى ما علق به علم الله نحو إن علم الله أنه يقدم زيد يوم كذا فقد بعت منك فإذا قدم زيد في ذلك الوقت انكشف صحة البيع لأن علم الله سابق لا لاحق فلا يتوهم في استقبال القدوم . فلو قال بعت منك هذا الثوب بكذا إن شاء الله لم يصح البيع إلا إذا كان مضطراً

(١) ومعنى الحال أنه متعلق بأمر حاصل في نفس الأمر لا بأمر يحصل في المستقبل اهـ .

لأن الله تعالى يشاؤه . «وصفوة القول» أن كل شرط مستقبل إن جىء بلفظ الشرط فهو الصريح يفسد به العقد إلا الحال فلا يفسد كما تقدم . وإن جىء به على جهة لفظ العقد فهو غير الصريح يفسد به وعليه قوله :

﴿ و ﴾ أما ما يفسد البيع ﴿ من عقدها ^(١) ﴾ أى من عقد الشروط وهو ما جىء فيه . على جهة لفظ العقد بأى حروف « علب » فهو أى الفساد ﴿ ما اقتضى جهالة في البيع ^(٢) ﴾ كخيار مجهول المدة ﴿ كبت على أن لى الخيار ﴾ أو ﴿ اقتضى جهالة ﴾ صاحبه أى صاحب الخيار حال العقد كأن يقول لأحدنا الخيار أو يقول الخيار إما لزيد أو لعمرو أو يجعل الخيار لشخص مجهول فلو التبس من الخيار بعد تعيينه أو التبت قدر مدة الخيار بعد تعيينها فلا خيار لآيهما لأن العقد قد انعقد صحيحاً فلو شرط الخيار له ولوارثه فلا يصح لأنه وارث مجهول وهو أيضاً يبطل بموت الجاعل فيتبعه المجهول له إلا إذا أوصى له بالفسخ .

﴿ أو ﴾ شرط شرطاً يقتضى جهالة ﴿ في المبيع كمل إرجاحه ﴾ في الوزن ولا يذكر قدر معلوما والمراد بإرجاحه هنا ارتفاع إحدى كفتي الميزان وانخفاض الأخرى فإن ذلك يفسد العقد لجهالة الرجحة إلا أن تكون قدر معلوماً بلفظ أو عرف . وكذا لو شرط الرزم في الكيل أو جرى به عرف فيفسد لأن الرزم يختلف إلا أن يكون التفاوت يسيراً يتسامح به كما في كيل الدرة والبر ونحوهما لا في الزبيب والحنا فلا بد من شرط الرسل وهذا حيث تقدم البيع فإن تقدم الكيل وتأخر البيع صح .

﴿ أو ﴾ شرط ﴿ كون البقرة ﴾ المبيعة ﴿ كميناً ﴾ أو سميناً فإن ذلك يقتضى الجهالة لأنها صيغة مبالغة فكأنه قال على أن فيها لبناً أو سمناً كثيراً أو الكثير مجهول فيفسد العقد إلا أن يجرى عرف بأنهما للوصف صح البيع كما في البيان ﴿ ونحوه ﴾ أن يشترط

(١) أضاف العقد إلى الشروط اهـ .

(٢) لأنه إذا كان الخيار مجهولاً كان استقرار العقد مجهولاً اهـ .

كون الفرس مجليا أى سابقا فإن السبق مجهول فيفسد ، ومما يقتضى جهالة فى المبيع أن يبيع ثيابا ويستثنى واحداً لا بعينه فيفسد العقد حيث لا خيار مدة معلومة ومع الخيار يصح سواء كان مستويا أم مختلفا .

﴿ أو ﴾ شرط ما اقتضى جهالة ﴿ فى الثمن ﴾ فيفسد به العقد ﴿ كملئ إرجاحه ﴾ ولا يذكّر قدراً معلوما ولا جرى عرف بقدر معلوم ﴿ ومنه ﴾ أى ومما يقتضى الجهالة فى الثمن فيفسد به البيع أن يشترط صبرة من موزون أو مكيل ويشترط المشتري ﴿ على ﴾ البائع ﴿ حط ﴾ قيمة ﴿ كذا ﴾ أرطالا أو مكئالا من تلك ﴿ الصبرة ﴾ المبيعة جملة فإن ذلك يقتضى الجهالة فى الثمن إذ القيمة مجهولة غير مقدرة لأنه يرجع فيها إلى القومين وهم يختلفون إلا أن تكون القيمة معروفة عندهم أو كانوا يمبرون عن القيمة بالثمن صح البيع كأن يقول بت منك هذا التمر على أنه مائة رطل بمائة درهم وأسقطت عنك قيمة خمسة أرطال ويريد ذلك ثمن خمسة أرطال من جملة الصبرة صح أما لو أراد القيمة فلا يصح لما تقدم .

﴿ لا ﴾ لو شرط أن يحط ﴿ كذا من الثمن ﴾ فإنه يصح العقد والشرط ﴿ والمسئلة صور ثلاث ﴾ : ﴿ الأولى ﴾ أن يقول بت منك هذا التمر على أنه مائة رطل بظرفه كل رطل بدرهم أو على أنه مائة بمائة درهم على أن أنقص عنك بحساب الظرف . ﴿ والثانية ﴾ بت منك هذا التمر الذى فى الظرف على أن التمر مائة رطل بمائة درهم وأسقط عنك خمسة دراهم لأجل الظرف . ﴿ الثالثة ﴾ بت منك هذا التمر على أنه بظرفه مائة رطل بمائة وأسقط عنك لأجل الظرف خمسة دراهم فإن هذه الثلاث الصور تصح ويثبت للمشتري خيار فقد الصفه وإن زاد رد الزائد وإن نقص حوسب بالناقص .. وأما الصورة الرابعة فلا تصح وهى حيث قال وأسقط عنك قيمة خمسة أرطال وقد تقدمت قبل هذه الصور .

﴿و﴾ من الجهالة في الثمن أن يبيع أرضا ويشترط ﴿على﴾ نفسه للمشتري ﴿أن ما عليه﴾^(١) من خراج ﴿هذه﴾ الأرض كذا ﴿درهما وأتى به﴾ ﴿شرطا لصفة﴾ المراد أتى به شرطا غير صريح ﴿مخالف﴾ ما شرطه في نفس الأمر فيفسد وسواء خالف إلى أقل أو إلى أكثر فيفسد العقد لجهالة الثمن أو جهالة البيع أما إذا وافق فيصح ﴿وصورة الشرط﴾ نحو أن يقول بعت منك هذه الأرض على أن الذى عليك من خراجها عشرة دراهم مثلا وقصد البائع أن دفع المشتري يكون عشرة دراهم فإن انكشف على أن الأرض أكثر من عشرة أو أقل فسد العقد لأنه إن انكشف أن المضروب عليهما خمسة فقد شرط البائع على المشتري خمسة دراهم في كل خراج وهذه زيادة في الثمن مجهولة .. وإن انكشف أن المضروب على الأرض أكثر من عشرة فهو أن يكون خمسة عشر فقد شرط البائع على نفسه أن يدفع عن المشتري الزائد على العشرة من الخراج وهذه زيادة في المبيع مجهولة والأولى زيادة في الثمن مجهولة فلا يصح العقد فيهما إلا إذا ذكرت مدة معلومة صح فيها وحيث كان الخراج أقل وعينت المدة صح سواء شرط تسليم ما زاد عليه إلى عنده أم إلى الإمام فإنه يصح إذا كان ذلك المدفوع مما يثبت في الدمة وحيث كان الخراج أكثر وعينت المدة صح أيضا سواء كان المدفوع في جميع المدة أقل من الثمن أم مستغرقا له إلا إذا كان الخراج من جنس الثمن ودفع الزيادة في تلك المدة يستغرقه فلا يصح وهذا إذا جعل ذكر الخراج شرطا كما تقدم فأما إذا جعله صفة نحو أن يقول على أن الخراج المضروب عليها كذا فإنه يصح العقد والشرط فإن انكشف الخراج موافقا لما وصف به أو أقل صح ولا خيار وإن انكشف الخراج أكثر كان له خيار فقد الصفة وإذا كان على الأرض خراج ولم يذكر البائع حال العقد صح البيع والخراج على المشتري وله الخيار إذا كان لا يعلم حال العقد وإن كان عالما فلا خيار .

(١) ما موصوله بمعنى التى اهـ

﴿ ومنه ﴾ أى ومما يقتضى جهالة الثمن ﴿ شرط ﴾ البائع ﴿ الإنفاق من الغلة ﴾ أى من غلة المبيع أو من غيره سواء شرطه لواحد أم لا أكثر ﴿ ولو ﴾ كان ﴿ لمولمين ﴾ فإن هذا يقتضى جهالة الثمن إلا إذا جمل الطعام قدرأ معلوماً وجنسأ معلوماً صح البيع سواء كانت المدة معلومة أم لا وسواء بين نوعه وصفته أم لا. وهذا إذا أطلق ولم يعين، أما لو عين ذلك من غلة المبيع أو من غلة غيرها فسد البيع .

﴿ فرع ﴾ وإذا كان العوض أن ينفق عليه بقية عمره فالعوض مجهول فيكون كالبيع الفاسد سواء، فيملكها بالقبض لقيمتها إذا وقع القبض بإذن البائع وللمنفق أن يرجع بما أنفق. ومن أراد صحة ذلك فانهما يتراضيان على عوض معلوم يثبت في الدمة ثم يهب له على ذلك القدر ويأمره أن ينفق عليه منه حتى يموت ويقول إن علم الله تعالى أن يبقى شيء من العوض بعد موتى فقد أبرأتك منه .

﴿ أو ﴾ شرط في العقد شرطاً ﴿ رفع موجه ﴾ فانه يفسد العقد ﴿ غالباً ﴾ فالشرط المفسد ﴿ كملى أن لا ينتفع ﴾ نحو أن يبيع منه السلمة على أن لا ينتفع بها فان هذا الشرط يرفع موجب العقد لأن العقد يوجب أن المشتري ينتفع بالمبيع، فلو شرط أن لا يبيع ولا يهب أو لا يمتق أو لا يدخل المبيع بيته ثلاثة أيام أو أكثر أو مطلقاً أو لا يلبس الثوب أو شرط بقاء الثمرة المشتراة^(١) سواء جرى العرف ببقائها أم لا أو باع نصف دابة أو كلها صالحة للركوب^(٢) على أن لا يركبها المشتري إلى وقت إزاء الفحل عليها فسد العقد لأن هذه الشروط كلها ترفع موجهه ، وكذا لو شرط البائع على المشتري أن لا يرجع إليه بالثمن عند استحقاق المبيع فسد لأنه يرفع موجهه ، وكذا لو كان الشرط يرفع موجب العقد في الثمن كأن يقول اشتريت منك الدار بمائة على

(١) ولا يصح شراؤها إلا بعد صلاحها اهـ .

(٢) فأما لو لم تكن الدابة صالحة للركوب وشرط أن لا يركبها حتى تصلح صح ذلك لأنه لا

يرفع موجب العقد اهـ .

(٢٤ - التاج المذهب - في)

أنك لا تهيب الدراهم أو لا تتصرف بها فسد العقد .
وقوله ﴿ غالباً ﴾ احتراز من صورتين « إحداهما » أن يبيع الجارية على أن لا يطأها
المشتري فإن البيع يصح ويلغو الشرط ، وهذا بخلاف ما إذا استثنى البائع وطأها مدة
معلومة أو مطلقة فسد العقد . « الصورة الثانية » أن يبيع الجارية على أن يكون
ولاؤها للبائع فإن هذا الشرط يلغو ويصح البيع .

﴿ ومنه ﴾ أى ومن الشرط الذى يرفع موجب العقد أن يشترط البائع أو المشتري
﴿ بقاء البيع ﴾ فى يد البائع ﴿ ولو ﴾ قصد أن يبقى فى يده ﴿ رهناً ﴾ حتى يؤدي
المشتري الثمن فإن ذلك يفسد البيع ﴿ لا ﴾ لو شرط ﴿ رده ﴾ إليه رهناً بعد أن يقبضه
المشتري فإن هذا الشرط يصح ويصح العقد معه وسواء كان عقداً أو شرطاً ، فإذا امتنع
المشتري من رده فللبائع الفسخ .

﴿ تنبيه ﴾ أما لو شرط البائع كفيلاً أو رهناً فى الثمن أو فى المبيع أو شرط
المشتري كفيلاً فى الثمن إن استحق المبيع فإنه يصح سواء كان الكفيل أو الرهن
معيناً أم لا ، وسواء كان عقداً أم شرطاً فلو امتنع من تسليم الرهن أو امتنع الكفيل
فللبائع الفسخ ولا إجبار فى تسليم الرهن لأن من شرط الرهن التراضى .

﴿ و ﴾ إذا شرط البائع ﴿ بقاء الشجرة المبيعة فى قرارها مدتها ﴾ فسد العقد
والشرط لأن ذلك خلاف موجهه فإن قال بمحقوقها صح . وكذا لو شرط المشتري
البقاء على البائع فسد أيضاً لأن ذلك يكون بيعاً وإجازة مجهولة إلا أن تكون للمنفعة
فى بقائها وذكر له مدة معلومة صح البيع ، وكذا الاستثناء ، وكذلك لو كان الشرط
هو البائع وذكر له مدة معلومة .

﴿ مسألة ﴾ إذا بيعت الشجرة ولم يذكر بقاءها ولا قطعها فإنه يجب قطعها من
سواء الأرض إلا أن يجزى عرف بدخول عروقها فإن جرى عرف بأنها تشتري للبقاء
كالأشجار التى تثمر كالتوت ونحوه أو تقطع أغصانها فقط من موضع معلوم لشرط

أو عرف كالأنث في بعض النواحي تقطع أغصانه حطباً وترك أصوله فإن كان إلى مدة معلومة صح البيع وإن كان إلى مدة مجهولة كإلى أن أفرغ لقطعها أو إلى أن يزداد نفاؤها أو نحو ذلك ففسد .

﴿ و ﴾ لو اشترى على شرط ﴿ أن يفسخ ﴾ العقد ﴿ إن شفع ﴾ في المبيع فإن العقد يفسد بذلك سواء كان الشرط البائع أو المشتري وسواء كانت تستحق فيه الشفعة أم لا لأن ذلك الشرط رفع لموجبه إذ موجب ثبوت الشفعة .

وقوله عليه السلام ﴿ أو علقه ﴾ أى قيد المبيع ﴿ بمستقبل ﴾ ففسد . مثال ذلك ﴿ كملى أن تغل أو تحلب كذا ﴾ أى بعت منك هذه الأرض على أن تكون غلتها في المستقبل كذا ، أو يقول بعت منك هذه البقرة على أن يكون حليبها ما هو كيت وكيت فإن هذا الشرط ونحوه يفسد العقد « وعلى الجملة » فإنه إذا علق نفوذ البيع بأمر يحصل في المستقبل ففسد إلا في هذه الصورة وهو قوله ﴿ لا ﴾ لو باع ثوباً أو فرساً أو نحوهما ﴿ على تأدية ﴾ المشتري ﴿ الثمن ليوم كذا وإلا ﴾ ن ﴿ لا ﴾ يؤده ذلك اليوم ﴿ فلا بيع ﴾ فإنه يصح سواء أتى به عقداً أم شرطاً ولكن يثبت الفسخ للبائع فلو طلبت الشفعة كان ثبوتها موقوفاً على تمام العقد . فلو تلف المبيع في تلك المدة في يد المشتري تلف من ماله إذا تسلم الثمن في ذلك الوقت لأنه قد صح العقد .

﴿ أو ﴾ شرط شرطاً اقترن بعقد البيع ﴿ لا تعلق له به ﴾ ففسد به العقد وذلك ﴿ كشرطين ﴾ في بيع ﴿ أو يمتين في بيع ﴾ وسواء شرط الخيار لأحدهما إلى مدة معلومة أم لا . مثال الشرطين في بيع : أن يقول بعت منك هذا الثوب بعشرة إن كان الثمن تقدماً أو بتسعة أو أحد عشر إن كان نسيئة ، وكذا لو قال بكذا إلى أجل كذا لم يصح البيع . بل يكون فاسداً وإن اقتضى الربى كان باطلاً .. ومثال يمتين في بيع : أن يقول : بعت منك بهذا الثمن على أن تبيعني به كذا .. ومثال الشرط الذى لا تعلق له بالعقد : اشتريت منك نصف هذه الأرض مشاعاً على أن يكون نصيبى عند

القسمة غريباً أو نحو ذلك فإنه يفسد العقد ولو كانت الأرض مستوية .
﴿فائدة﴾ يصح أن تجمع عقود مختلفة في عقد واحد كبيع وإجارة ونكاح أو غيره، مثاله لو قال بعت منك أرضي وأكرت منك أو من زيد داري سنة وزوجتك أو زيداً ابنتي بألف درهم ثم يقع القبول لها جميعاً فيكون الألف ثمنًا وأجرة ومهرًا ويقسم بينها على قدر قيمة الأرض وأجرة الثل في الدار سنة ، ومهر الثل في البنت ، وكذا لو قال بعت منك هذا بكذا على بيعك لي كذا بكذا ، أو قال على زواج ابنتك أو أمتك مني ، وكذلك على إجارة أرضك مني سنة بكذا فيصح الكل بالقبول أو بقوله بعت وزوجت أو أكرت . قال في المعيار : لأنه انطوى العقد على العقدين معاً .
قال الإمام عليه السلام ﴿ ونحوها مما نهى عنه ﴾ شرعاً كسلم وبيع وهو أن يبيع المسلم فيه قبل قبضه فإن البيع يكون فاسداً، أو سلف وبيع وهو حيث يبيع الشيء بأكثر من سعر يومه مؤجلاً فإن البيع يكون باطلاً . وقوله ﴿ غالباً ﴾ احتراز من أمور نهى عنها ولا توجب الفساد كالنجش وهو رفعة قيمة العروض لا رغبة فيه ، والسوم على السوم ونحوها كتنقي الركبان والشراء منهم قبل أن يصلوا البلد وكبيع حاضر لباد لما فيهما من غبن البادي والإضرار بمصالح أهل المصر، إذ الشارع يلاحظ مصلحة الناس وتقديم مصلحة الجماعة على الواحد، لأن البادي إذا باع لنفسه بعد أن يصل السوق انتفع جميع أهل البلد واشتروا رخيصةً .

﴿ فصل ﴾

﴿ ٢٠٤ ﴾

فيما يصح من الشروط المقارنة للعقد فتلزم هي والعقد وهو « الثاني من أضراب الباب » وقد أوضحها الإمام عليه السلام بقوله : ﴿ يصح منها ﴾ ﴿ نوعان ﴾ : « النوع الأول » ﴿ ما لم يقتض الجاهالة ﴾ في أي الثلاثة المتقدمة وهي البيع والمبيع والتمن ﴿ من وصف للبيع كخيار معلوم ﴾ لشخص معلوم حال العقد، فإن جهل بعد

العقد فلا يفسد العقد ولا خيار للمشتري ﴿أو﴾ يكون الشرط وصفاً لا يقتضى الجمالة، أيضاً وهو ﴿للمبيع كملئ أنها﴾ أى البقرة المبيعة ﴿لبون﴾ أى ذات لبن فى الماضى فلو جرى عرف أن لبون وليبتأ فى المعنى على سواء استوى حكمهما، فإن كان للمبالغة فى كثرة اللبن فسد البيع وإن كان للوصف بأنها ذات لبن فى الماضى صح البيع .

﴿أو﴾ وصف بأن الأرض أو الشجرة ﴿تفل كذا﴾ وأراد بذلك كونه ﴿صفة﴾ ثابتة ﴿فى﴾ الزمن ﴿الماضى﴾ فيصح العقد والشرط، فلو جعله شرطاً فى المستقبل لم يصح كما تقدم. وفى كونه شرطاً للمستقبل أو صفة فى الماضى يعتبر بشاهد الحال سواء جاء بلفظ الماضى أم المستقبل، فلو اختلفا هل جعل شرط أو صفة فالقول لدعى الصفة لأنه مدعى الصحة .

﴿ويمرف﴾ حصول الوصف ﴿بأول المستقبل﴾ أى بأول المدة المستقبلية بأن تفل مثل ذلك فى أول ثمرة أو تحلب مثل ذلك فى أول حلبه ﴿مع﴾ سلامة حالها و﴿انتفاء الضار﴾ فى تلك المدة كالبرد ونحوه ﴿وحصول ما يحتاج إليه﴾ ويعتاد للبقرة مثلاً والشجرة والأرض من الملف والمحل والسقى والحرق ونحو ذلك. فأما لو عرض لها ما يضرها أو لم تستمر على معتادها فنقص لبنها أو ثمرها لم يكن له الفسخ بفقد الصفة . فلو اختلفا فى حصول ما يحتاج إليه فقال المشتري قد حصل وقال البائع لم يحصل فالقول للمشتري وعلى البائع البيئنة ، وكذا لو اختلفا فى حصول الضرر عليها وعدمه فالقول للمشتري أيضاً ، أما لو أنكر البائع نقصان اللبن فالبيئنة على المشتري ، وكذا ينزل الخلاف فى الأرض وتكون الشهادة على إقرار البائع أو مشاهدة النقص إن أمكن .

﴿واعلم﴾ أن الشرط المذكور يصح مع العقد فإن وجد الشرط نفذ العقد وعدم الخيار، وإلا نفيار فقد الصفة باقٍ، وكذا لو شرط كون الحيوان فتياً صح

ويعتبر العرف في الفتوة ، وكذا يصح لو شرط كونه هملجاً أى حسن السير في سرعة أو ذلولاً أو شرط أن الثوب شامى أو صنعانى أو نحو ذلك صح . ﴿ أو ﴾ كان الشرط تأخير مطالبة ﴿ الثمن ﴾ لا يقتضى جهالة ضح العقد والشرط ﴿ كتأجيله ﴾ مدة معلومة فان ذلك يصح لا بجهولة كالصيف والحريف والعلب والصراب ومجىء القافلة ونحو ذلك من الآجال المعلقة بوقت غير معلوم فلا يصح . ويصح أيضاً لو شرط المشتري على البائع أن يعطيه في الثمن رهناً أو كفيلاً إن استحق المبيع .

﴿ النوع الثانى ﴾ مما يصح فيه العقد والشرط قوله ﴿ أو ﴾ شرط شرطاً يصح افراده بالعقد كإيصال ﴿ إلى ﴾ المنزل ﴿ أى ﴾ إلى محل معلوم وذلك نحو أن يشتري منه طعاماً أو نحوه على أن يوصله البائع إلى منزل المشتري فان ذلك يصح كما لو استأجره على ذلك من دون بيع ، وكذا لو اشترى منه زرعاً على أن يحصده البائع صح ذلك لأنه من تمام العقد فإن لم يف البائع بما شرط عليه أجبر إن أمكن وإلا كان للمشتري الخيار فإن اختار تمام البيع كان تقسيط الثمن على قيمة المبيع وأجرة المثل بالنسبة كما تقدم أثناء فصل ٢٠٢ .. أما لو كان الشرط لا يصح لإفراده بالعقد كأن يشتري فصيلاً ويشترط على البائع إرضاعه فان الشرط لا يصح ويفسد العقد لأن إرضاع الفصيل لا يصح لإفراده بالعقد لعدم صحة الاستئجار على الرضاع لتضمنه بيع المعلوم ، وهذا بخلاف ما لو باع البهيمة وشرط البائع أن ترضع ولدها مدة معلومة فانه يصح لأنه بيع واستثناء لا يبيع وشرط ، وكذا لو شرط البائع الركوب إلى موضع معلوم صح ، ومنه أى ومن هذا الشرط الذى يصح لإفراده بالعقد أن يشتري شجرة ويشترط المشتري على البائع ﴿ بقاء ﴾ تلك ﴿ الشجرة ﴾ في قرارها ﴿ مدة معلومة ﴾ فان هذا يصح كما لو استأجر مكان تلك الشجرة ، وكذا لو كان الشارط البائع لمصلحة في بقائها كمدّ الأنواب عليها للشمس وذكر له مدة معلومة صح البيع ، فإن لم تكن له منفعة في بقائها فلا يصح لأنه رفع موجب .

﴿أما الضرب الثالث﴾ (و) هو ﴿ماسوى ذلك﴾ الذى ذكر من الشر
 فى الضربين الأولين ﴿ف﴾ (و) ﴿لغو﴾ الشرط لعدم ثرومه ويصح المقصد ، مثال ذلك :
 أن يشترط على المشتري أن يطاء المبيعة أو يمتقها أو أن لا يطاءها أو أن الولاء للبائع
 فلا يلزم الشرط : ﴿و﴾ لكن إذا شرط ما هذا حاله ﴿ندب الوفاء﴾ بالشرط حيث
 لا يأتى به فلو شرط عليه أن لا يطاء الأمة فيندب له أن لا يطاءها إلا أن يخشى وقوعها
 في محذور فيحسن منه ترك الوفاء . أما لو شرط عليه أن يطاء الأمة وهى رضىته
 فيحرم عليه الوفاء . ﴿و﴾ من حكم هذا الشرط أنه ﴿يرجع﴾ على المشتري ﴿بما
 حط﴾ له من القيمة ﴿لأجله﴾ أى لأجل الوفاء بالشرط فيرجع بذلك ﴿من لم يوف
 له﴾ أى من لم يحصل له الوفاء ﴿به﴾ وهو البائع . وصورة ذلك أن تكون قيمة العبد
 ألفاً فيبيعه بتسمائة ويشترط عتقه نحو أن يقول بعت منك هذا العبد بتسمائة على أن
 تعتقه فإذا لم يف بالعتق رجع عليه البائع بمائة . وهكذا لو تواطأ البائع والمشتري
 على ذلك قبل المقصد ، واعلم أن الحط إنما يكون من القيمة لا من الثمن لأن الثمن
 إنما يلزم بعد القبول ، فالإبراء قبله لا يصح وبمده يكون إسقاطاً معلقاً على شرط لا تعلق
 له بالمقد . . أما لو تواطأ البيعان على غرض قبل المقصد نحو أن يقول بعت منك أرضي
 بمائة ومع المشتري أرض قد تواطأ هو والبائع على بيعها من البائع فامتنع المشتري بعد
 الشراء عن بيع أرضه إلى البائع كان للبائع الخيار فيما باعه منه ، وهذا إذا جرى
 العرف بأن المتواطأ عليه كالشروط حال المقصد وتصادقاً على ذلك التواطؤ وإلا
 أقيمت البينة على الإقرار ، وإلا حلف المشتري .

﴿ ٢٠٥ ﴾ (باب الربويات)

الربا في اللّفة هو الزيادة ، وأما في الشرع فهو على وجهين منه ما يسمى ربا لأجل الزيادة ومنه لأجل النساء . والمراد بالنساء عدم التقابض قبل الافتراق أو عدم الوجود في الملك .

(فصل)

وتنقسم الربويات باعتبار المالين الذين يباع أحدهما بالآخر إلى ثلاثة أقسام : إما أن يختلفا في الجنس والتقدير ، أو أحدهما ، أو يتفقا .

١. ﴿ فالأول ﴾ ﴿ إذا اختلف المالان في الجنس والتقدير بالكيل والوزن ﴾ نحو أن يبيع لحما بشمير فإنهما مختلفان في الجنس وكذا في التقدير إذ الطعام مكيل واللحم يعتبر في الربا موزونا ويشترط وجوده في الملك ، وعند ذلك ﴿ يجوز التفاضل ﴾ هنا إما باعتبار القيمة أو باعتبار لو قدرا بتقدير واحد كالوزن مثلا لفضل أحدهما على الآخر ﴿ و ﴾ يجوز ﴿ النساء ﴾ المراد به عدم التقابض قبل الافتراق . قال الإمام عليه السلام : وإنما قلنا بالكيل والوزن لأنه لا عبرة بما سواهما من الذرع والعدد ، وسواء اتفق فيه الجنسان أم اختلفا .

٢. ﴿ والقسم الثاني ﴾ ﴿ إذا اختلف المالان ﴾ ﴿ في أحدهما ﴾ إما في الجنس دون التقدير كبر بشمير ، أو في التقدير دون الجنس كحب بر بخبزه موزونا ﴿ أولا تقدير لهما ﴾ بكيل ولا وزن رأسا كحيوان بحميوان ودار بدار وضبعة بضيمة وثوب بثوب سواء اتفق الجنس كفرس بفرسين أم اختلف كفرس بيميرين فإنه يجوز في هذين الوجهين ﴿ التفاضل فقط ﴾ أي لا النساء وهو عدم التقابض في المجلس فلا يجوز ، والمراد بالتفاضل - مما لا تقدير له - التفاضل في القيمة ، فأما لو اختلف الجنس وكان

أحدهما مقدراً دون الآخر جاز النساء أيضاً كفرنس بطعام ونحو ذلك .

وحيث اختلف المالان في الجنس دون التقدير أو العكس أولاً تقدير لها جاز التفاضل لا النساء ﴿ إلا ﴾ في صورتين فيجوز فيهما التفاضل والنساء : « إحداهما » ﴿ الموزون ﴾ أو المكيل أو ما لا تقدير له إذا بيع ﴿ بالتقدين فكلهما ﴾ يجوز فيه التفاضل والنساء نحو أن يبيع رطلاً من اللحم بقفله من الدراهم المضروبة أو من الدنانير المضروبة فإنهما هنا اتفقا في التقدير ولم يحرم النساء ولا التفاضل وكذلك سائر الموزونات إذا بيعت بأحد التقدين جاز التفاضل والنساء وكذا المكيل وما لا تقدير له إذا قوبل بالنقد جاز التفاضل والنساء إلا أن يقابل النقد موزوناً من الذهب والفضة كالسبائك ونحوها . كأن يبيع سبيكة قدر درهمين بدرهم فلا يصح .

﴿ الصورة الثانية ﴾ أن يبيع ﴿ نحو السفرجل برمان ﴾ أو نحوه ﴿ سلماً ﴾ مع تكامل شروطه فإنه يجوز التفاضل هنا والنساء وهكذا لو أسلم تفاحاً في حطب أو نحوه ذلك مما يجوز في السلم لأنهما اختلفا في الجنس ولا تقدير لها . وجاز النساء هنا مع التفاضل لكون ذلك سلماً . أما لو كان بيماً جاز فيه التفاضل لا النساء مطلقاً اتفق الجنس أم اختلف لأن ذلك قبيح .

﴿ وضابطه ﴾ أن القيمي إذا اتفق جنسه اشترط الملك لها معاً والتقابض في المجلس وإن اختلف نحو إبل يقر ونحو ذلك لم يشترط إلا وجودهما في الملك فقط دون التقابض، فإن كان أحدهما قيمياً والآخر مثلياً اشترط وجود الملك في القيمي دون المثلي، وإن كانا مثليين اشترط ملك أحدهما مع التقابض والمراد بالتقابض فيما هذا حاله أن يكونا في المجلس .

﴿ القسم الثالث ﴾ من الربويات قوله ﴿ فإن اتفقا ﴾ أى المالان ﴿ فيهما ﴾ أى في الجنس والتقدير فإن كانا من جنس واحد مكيلين معاً أو موزونين معاً كالبر بالبر والذهب بالذهب والفضة بالفضة والملح بالملح ولو كان أحدهما برياً والآخر بحرياً فهما

جنس واحد وكذلك القطن والغزل هما جنس واحد ﴿ اشترط ﴾ في صحة بيع أحدهما بالآخر ﴿ شروط خمسة ﴾ .

﴿ الأول ﴾ ﴿ الملك ﴾ فن حقهما أن يكونا موجودين في ملك المشتري والبائع ولا يجب أن يكونا حاضرين حال العقد ، بل اللازم أن يكونا في الملك حال العقد مع التقابض في المجلس كما سيأتي . أما بيع النقد بالنقد فلا يشترط وجودهما في الملك كما سيأتي في العريف .

﴿ و ﴾ ﴿ الثاني ﴾ ﴿ الحالول ﴾ فلا يكون فيه تأجيل فلو علق العقد بشرط التأجيل مدة زائدة على قدر المجلس أم بقدر المجلس لم يصح العقد ولو تقابضا في المجلس لأن العقد لم يقع على الوجه الصحيح .

﴿ و ﴾ ﴿ الثالث ﴾ « عدم الخيار » فلو ذكر في العقد خيار ولو بقدر المجلس فسد « إلا أن يبطل في المجلس » صح العقد لأنهما لا يفترقان إلا وقد أنبرم العقد .

﴿ و ﴾ ﴿ الرابع ﴾ ﴿ يتيقن التساوى حال العقد ﴾ أى لا بد من التيقن في أنهما متساويين ، فلا يكفي الظن ، فلو لم يتيقن تساوى المتقابلين في السكيل أو الوزن حال العقد لم يصح ، فلو قال بمت منك هذا البر بهذا البر إن كانا متساويين لم يصح ولو علم تساويهما بمد العقد في المجلس فلا يصح . وقوله حال العقد هو قيد في الأربعة الشروط المتقدمة . وهذا ما لم يدخل فيه مكائلة أو موازنة نحو بمت إليك صاعا من هذا بصاع من هذا فيصح إذ اليقين حاصل عند العقد . واعلم أنه لا ريب في الماطاة ولو تيقنت الزيادة .

﴿ و ﴾ ﴿ الخامس ﴾ ﴿ التقابض ﴾ فلا تكفى التخلية بل لا بد أن يقبض كل من المتبايعين أو وكيلهما من الآخر ﴿ في المجلس ^(١) ﴾ قبل الافتراق ﴿ وإن طال ﴾

(١) وأول من هذه العبارة وما تبسها قوله في فتح القفار: « وتقابض قبل تفرق المتبايعين » اهـ .

بأوقات كثيرة صح مهما وقع القبض قبل التفريق ﴿أو انتقل البيعان﴾ من مكان العقد إلى جهة أخرى لم يضر انتقالهما ﴿أو أغمى عليهما﴾ أو على أحدهما ثم أفاق وحصل التقابض قبل الافتراق، وكذا لو جنّ أحدهما ناب عنه وليه بالقبض قبل الافتراق لا لو مات أحدهما بطل العقد .

﴿أو أخذ﴾ أحد التبايعين ﴿رهناً أو﴾ وقت ﴿إحالة﴾ بما عليه لا بماله وهذا في النقدين فقط لا في غيرها لأنه لا يشترط ملكهما كما سيأتي في الصرف . ﴿أو﴾ حصلت ﴿كفالة﴾ لم يبطل العقد . ومهما حصل شيء مما ذكر لم يبطل العقد ﴿ما لم يفترقا﴾ قبل التقابض فلو تأخر قبض المالكين أو أحدهما إلى بعد الافتراق بطل العقد وإن تأخر بعض المالكين بطلت حصته . وحد الافتراق في الفضاء أن لا يسمع أحدهما خطاب الآخر الخطاب المعتاد ، وفي الملاء خروج أحدهما من المنزل الذي هما فيه أو يصعد أو يهبط .

﴿لا﴾ لو تدارك متدارك لأحد البيعين بما يستحقه ثم إنه ذهب إلى ذلك ﴿المدرك﴾ عن المجلس قبل أن يفى بما ضمن به لم يبطل العقد بفراقه مهما لم يفترقا البيعان قبل القبض وكذا الحال عليه . ﴿و﴾ اعلم أن المال إذا كان في ذمة أحدهما أو كلاهما فإن ﴿ما في الذمة﴾ يكون ﴿كالخاضر﴾ فلو كان في ذمة رجل لرجل طعام فقضاء من جنس ذلك الطعام أو من غير جنسه صح ، ولو كان في التحقيق مشترياً لما في ذمته بهذا الطعام ولهذا لو أتى بلفظ البيع صح ، وكذا ما في الذمتين كالخاضر فيجوز أن يبيع ما في ذمة صاحبه بما في ذمته مع اختلاف الجنس أو النوع أو الصفة ، فأما مع الاتفاق فيتساقطان كما سيأتي في القرض ، وما في الذمة كالخاضر «إلا في رأس مال السلم» فلا يصح أن يكون ما في الذمة رأس مال ومن شرطه القبض في المجلس ولأنه يصير من بيع الكالئ بالكالئ كأن يبيعه مُدًّا يكون في ذمته أو بعد قد صار في ذمته من قبل وذلك لا يصح .

﴿ والحبوب ﴾ كالبر والشمير والذرة والدخن والطحف ﴿ أجناس ﴾ مختلفة كل جنس مخالف للآخر: فالبر مع تنوعه جنس واحد، والعلس جنس آخر ﴿ وكذلك الثمار ﴾ كالتمر والمان والسفرجل وما أشبه ذلك أجناس مختلفة. والعنب والزبيب جنس واحد، وكل جنس من أنواعه جنس واحد، والخل تابع للثمار في جنسه ﴿ واللحوم ﴾ من أصناف الحيوانات ﴿ أجناس ﴾ وكذلك جلودها: فالضأن والماعز والظباء والأوعال في البيع جنس، وكذا البقر وحشيتها وأهلبيها، والجواميس في البيع والزكاة جنس، وحمار الوحش والإبل جنس. والطير أجناس وصيد البحر أجناس.

﴿ وفي كل جنس ﴾ من الحيوان ﴿ أجناس ﴾ فالكبد والقلب والكروش والرئة والطحال والكلى وشحم البطن والماء والإلية^(١) كل واحد منها جنس واللحم وشحم الطير جنس واحد. ولا يجوز بيع الشيء بالطبوخ منها ولو تساوت، والسمن ﴿ والألبان تتبع ﴾ اللحم: فلبن النعم والبقر والإبل أجناس وكذلك السمن، والإهال^(٢) يتبع اللحم ولا يتبع السمن.

﴿ والثياب سبعة ﴾ أجناس وهي: الحرير والكتان والخز والقطن وصوف الضأن ووبر الإبل وشعر المعز، فهذه هي مواد أجناس الثياب المعروفة قبل النسيج، وثمة أجناس الآن سواها من الأشجار وغيرها فكل جنس له حكمه. وأما بعد النسيج فهي مما لا تقدير له فيجوز التفاضل فيها لا النساء ﴿ والمطبوعات ﴾ من المعادن وهي ما ألانها النار وجرت عليها المطارق ﴿ ستة^(٣) ﴾ أجناس: الذهب الأبيض والأصفر، والفضة والنحاس

(١) هي التربة في العرف اهـ.

(٢) هو في العرف الودك اهـ.

(٣) وجعل أجناس المطبوعات ستة أو سبعة هو باعتبار ما كان معروفا في الزمن السابق، أما في هذا الزمن فقد بلغت إلى اثني عشر جنسا، ومن ذلك ما هو غير معروف عندنا الآن فلا حاجة إلى ذكرها اهـ.

الأحمر والرصاص الأبيض والأسود، والشبه وهو النحاس الأصفر. وإنما قيل له ذلك لأنه يشبه بالذهب، والسادس الحديد^(١)، والسابع الفلز^(٢) وهو النحاس الأبيض المعروف بالجسد. ﴿فإن اختلف التقدير﴾ في جنس من الأجناس الستة^(٣) المنصوص عليها أو في غيرها من الأجناس بأن كان في البلد يباع بالسكيل أو بالوزن ﴿اعتبر الأغلب في﴾ تقدير ﴿البلد﴾ أي بلد البيع وميلها، فإن استويا أو التبس الأغلب غلب جانب الحظر فلا يباع إلا مثلاً بمثل وبدأ بيد، وإذا بيع بغير جنسه حينئذ فيقدر بتقدير ما يقابله ولا يجوز فيه النساء. نعم فلو اختلف التقدير باختلاف الجهات بأن كان يكال في بلد ويوزن في أخرى كالزبيب اعتبر بلد البيع وتعتبر كل بلدة بعادتها.

﴿فإن﴾ يبيع الجنس بجنسه و﴿صحب أحد المثلين﴾ جنس ﴿غيره﴾ دخل في المبيع على جهة الاتفاق لا لقصد الحيلة. والمصاحب ﴿ذو قيمة﴾ إذا كان قيمياً أو لا يتسامح الناس بمثله إذا كان مثلياً ﴿غلب المفرد﴾ مثاله: لو باع مدّاً برّاً بمد ودرهم فإن ذلك لا يصح بل لا بد أن يكون الطعام المنفرد عن الدرهم أكثر من مد لأنه إذا لم يكن أكثر أدى إلى الربا إذ يكون بعض المد بالدرهم وبعضه بالمد فيؤدي إلى بيع الجنس بجنسه متفاضلاً وذلك ربي. أما إذا كان المنفرد أغلب نحو أن يكون زائداً على المد كان المد مقابلاً للمد وكانت الزيادة مقابلة للدرهم^(٤) ولو قلت قيمتها عن الدرهم إذا اتفق ذلك ولم تقصد به الحيلة، فإن قصدت فلا يجوز إلا إذا كانت قيمة

(١) والذكر والذكير من الحديد أبيضه، وأجوده يزداد في رأس الفأس وغيره وهو في العرف الهندوان اهـ.

(٢) يجعل منه القذور العظام المفرغة .. أو هو خبث الحديد، أو جواهر الأرض كلها، أو ما ينفيه الكير من كل ما يذاب منها، أو هو الصرفان أي النحاس والرصاص الأبيض إذا أذيا اهـ.

(٣) وهمي :

ذهب فضة وبر شعير ثم تمر والملح مثل بمثل

(٤) وهذه الصورة من مسائل الاعتبار لا كان يعتبر فيها زيادة الجنس المنفرد اهـ.

الزيادة تساوى ما قابلها وهو الدرهم فى هذا المثال ، فلو كان المصاحب لأحد الثلثين لا قيمة له أو يتسامح الناس بمثله كان وجوده كمدمة وصح بيع المد بالمد مع هذا المصاحب اليسير إذا كان من غير جنس المتقابلين وإلا فلا يجوز البيع إلا مع تيقن التساوى التام بلا أدنى زيادة ولا نقصان .

﴿ واعلم ﴾ أنه يصح بيع الزبد برائب فيه الزبد أقل ، والسليط^(١) بجلجلان فيه السليط أقل ، والزيت بزيتون فيه الزيت أقل والبر المنسل يبر فى سنبله وفى السنبيل البر أقل ، والبر بأرض مزروعة برأ قد حصد والبر فى الزرع أقل ، فلا بد فى كل ذلك أن يكون المنفرد أكثر من المصاحب إذا كان بعد المصاحب له قيمة لثلاث تحصل الزيادة ، فإن لم يكن له قيمة اعتبر التساوى . ويصح بيع سيف محلى بفضة بدراهم إذا كانت الفضة فيه أقل من الدراهم ولكن لا بد من التقابض قبل الافتراق لأنه يبيع وصرف ويجوز بيعه بدنانير ولو كان وزن الفضة فيه أكثر من الدنانير . ولا بد من التقابض قبل الافتراق فيما يخص الحلية لأن ذلك صرف ، فلو لم يحصل التقابض بطل العقد فى الحلية فقط ويثبت الخيار لهما فى السيف لأن فصل الحلية عنه مضر ، وكذا يصح بيع دراهم مفضوشة بدراهم مفضوشة وغش كل واحدة قيمة للفضة .

﴿ ولا يلزم ﴾ فى المتقابلين التغليب لأحدهما على جنسه ﴿ إن صحبهما ﴾ معاً جنس آخر وذلك نحو أن يبيع مدبرٌ وثوباً موجوداً فى الملك بمدبرٍ ودرهم فلا يلزم تغليب أحد المدتين .

﴿ فرع ﴾ فلو باع خبزاً مسمباً بمثله وزناً جاز التفاضل للاعتبار ، وكذا يجوز بيع الدراهم الغشوشة بمثلها مفضوشة وغش كل يقابل فضة الآخر ، وهذه من مسائل الاعتبار .

(١) وصورة الاعتبار فى ذلك أننا نعتبر السليط الموجود فى الجلجلان مقابلاً لمثله من السليط ، وعصارتة تقابل المقدار الزائد من السليط ، وكذا يكون الاعتبار فى نظائره اهـ .

﴿و﴾ حيث يغلب المنفرد ﴿لا﴾ يلزم ﴿حضور﴾ ذلك ﴿المصاحب﴾ للجنس الآخر ولا يلزم فيه القبض قبل التفريق لأنه مخالف لما قبله في الجنس . ﴿و﴾ كذلك إذا كان مع كل واحد من المثلين مصاحب فانه ﴿لا﴾ يلزم حضور ﴿المصاحبين﴾ ولا يلزم التقابض قبل الافتراق : مثال ذلك أن يبيع صاعين حنطة وثوباً بصاعين حنطة ودينار فانه لا يجب قبض الثوب والدينار قبل الافتراق ولا قبض الحنطة أيضاً في هذه الصورة لأنه يجوز أن تكون الحنطة مقابلة للجنس الآخر المصاحب، والمقد إذا احتمل وجهي الصحة والفساد حمل على الصحة عندنا .

وقوله ﴿غالبا﴾ احتراز من بعض الصور وذلك أن يشتري رطلاً عسلاً مع رطل حديد برطل عسل مع رطل نحاس فانه يجب التقابض قبل الافتراق لأننا إن قدرنا أن العسل من الطرفين مقابلاً للحديد والنحاس لم يجوز النساء لأن المتقابلين هنا وإن اختلفا في الجنس فقد اتفقا في التقدير وهو الوزن فلا يجوز النساء ، وكذلك لو قدرنا أن العسل مقابل للعسل والنحاس للحديد لم يجوز النساء أيضاً فيجب التقابض قبل الافتراق على كل حال .

﴿مسئلة﴾ وإذا اتفق المبيع والتمن في الجنس لا في الكيل والوزن فانه يجوز التفاضل فيهما وسواء كان مع أحدهما أو مع كليهما جنس آخر أم لا ولكن يجب تقابضهما قبل الافتراق ، وإذا صحبهما جنس آخر وهو مثلي فيجوز أن لا يكون موجوداً في الملك وإذا كان قيمياً فلا بد من وجوده لأنه مبيع فيشترط وجوده في الملك لعدم صحة ثبوته في الذمة .

﴿فصل﴾

﴿٢٠٦﴾

﴿ويحرم﴾ ولا يصح البيع ويكون باطلاً في ﴿خمس عشرة مسئلة﴾ ورد بها النهي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم وهي ﴿بيع الرطب﴾ ما دام رطباً ﴿بالتمر﴾

الذى قد جف ويبس فإن البيع باطل ﴿و﴾ لا يجوز بيع ﴿العنب بالزبيب ونحوهما﴾ مما لا يعلم التساوى فيهما ، وذلك كبيع البر المقلو ببر غير مقلو ، أو المبلول باليابس أو الحليب بحليب فيه ماء ، أو البر بالدقيق فإن ذلك كله لا يصح ولا يجوز لأن المتقابلين متفقان جنساً وتقديراً ولا يمكن العلم بالتساوى فيهما ، وإذا أمكن العلم بالتساوى كبيع الحنطة بالدقيق والمبلول بغير المبلول وقد علم التساوى فيهما قبل الطحن والبلل جاز . أما بيع المقلو بالمقلو أو بغير المقلو فلا يجوز ولو علم تساويهما قبل القلى لأن النار تأخذ من المقلو ولا يعلم من أيهما أخذت أكثر ولهذا لا يجوز ولو قدر المأخوذ شيئاً يسيراً .

﴿فرع﴾ ويحرم بيع الرطب بالتمر ونحوهما كما تقدم سواء كانا موزونين معاً أم مكيلين أم مختلفين فإن البيع باطل . ﴿واعلم﴾ أنه يجوز بيع العنب بالعنب حيث هو مقدر وبيع الدقيق بالدقيق إذا اتفقا نعومة وخشونة وإلا فلا لأن المكيال يأخذ من الناعم أقل من الخشن وبيع الزبد بالزبد كل ذلك يبدأ بيد مثلاً بمثل فلا يعنى عن التفاوت بين المتقابلين ولو كان يسيراً مهما كانا من جنس واحد مقدرين بمقدار واحد أما إذا لم يكونا مقدرين فإنه يجوز التفاضل بينهما ولكن لا يجوز النساء .

﴿و﴾ « منها » أنه يحرم ولا يصح بيع ﴿المزابنة﴾ وهى بيع التمر على النخل بتمر مكيل أو غير مكيل فإن ذلك لا يجوز لعدم تيقن التساوى ﴿إلا﴾ ما رخصه النبي صلى الله عليه وآله وسلم فى حق ﴿المرايا﴾ وهم الفقراء ، قيل سموا بذلك لتعريضهم عن الملك أو لتعريضهم عن الثياب ، ولكن لا يجوز لهم شراء الرطب على النخل بخبره تمرأ إلا فيما دون النصاب ويعتبر أن يكون الرطب على رؤوس الأشجار ، ويجوز لهم ذلك ولو كان التمر مؤجلاً ، ولا يجوز لهم شراء العنب بالزبيب ونحوهما مطلقاً .

﴿و﴾ « منها » أنه يحرم ﴿تلقى الجلوبة﴾ إلى أسواق المسلمين أو الذميين ليشتريها قبل ورودها إلى حيث تباع ، أو البيع من الواصلين ، وإنما حرم ذلك لأمرين :

« أحدهما » أن التلقي يخدع الجالبين ، ولهذا لو وقع البيع ثبت للواصل خيار الفرر ولو لم يحصل من التلقي تفرير . « الأمر الثاني » أن الضميف من أهل المصر لا يمكنه التلقي ويحرم التلقي سواء قصده أم لا ، وسواء أراد الشراء أم البيع من الواصلين ، وسواء كان التلقي فوق البريد أو دونه ولو في المدينة في غير الموضع الذي تباع فيه . وسواء كان بيت التلقي في المدينة أم خارجها ، وسواء قصد الجلاب البيع في السوق أم حيث ما يجيد فإنه يحرم التلقي على كل حال رعاية للمصلحة العامة كما تقدم آخر فصل ٢٠٣ .

(و) « منها » (احتكار) الماء و (قوت الآدمي والبهيمة) المحترمة الدم ولكن لا يحرم الاحتكار إلا بشرط أربعة : (الأول) أن يكون قوتاً أو ماء لآدمي أو بهيمة محترمة الدم ، ولا فرق في جميع الأقوات ، فلو كان غير ذلك جاز إلا أن الكسوة والدواء وما يعيش الآدمي إلا به إذا امتنع المالك عن بيع ذلك عند خشية التلف أو الضرر على الناس جاز إجباره على البيع .

(والثاني) أن يحتكر (الفاضل عن كفايته و) كفاية (من يمون) وهم أولاده وزوجته ونحوهم فإذا كان له غلة واحتكر الفاضل عن كفايتهم (إلى الغلة) ولو قريباً فهو عند اجتماع بقية الشروط احتكار وحينئذ يكاف البيع ، وسواء تربص بذلك الغلاء أم لا .

(والثالث) أن يحتكره (مع الحاجة) إليه وذلك عند خشية التلف أو الضرر ولو على واحد من الناس .

(و) (الرابع) أن يحتكر ذلك مع (عدمه) أي مع عدم وجدان مثله في البريد أو دونه .

(إلا) معه أو (مع) محتكر (مثله) فيحرم الاحتكار عند اجتماع هذه الشروط . ولا فرق بين أن يكون من زرعه أو شراء من المصر أو من البادية ، وسواء

قصد الاحتكار عند الشراء أم لا ﴿ فيكلف ﴾ حينئذ ﴿ البيع لا التسعير ﴾ ولو كان مضافاً أي لا يكلف أن يحمل سعره كذا بل يسعره كيف يشاء، فإن امتنع عن البيع فلا إمام أو الحاكم أن يبيعا عنه بثمن الثل. وهذا إنما هو ﴿ في القوتين فقط ﴾ فأما سائر البيعات فالتسعير فيها جائز كاللحم والسمن ونحوها رعاية لمصلحة الناس ودفع الضرر عنهم ولكن لا يكلف البيع إلا في الماء وقوتى الإنسان والحيوان فيما لا يعيش إلا به كما تقدم لا فيما عدا ذلك، وكذا الإمام يجب عليه عند تضرر الناس إخراج المدخر من الأقوات لأنها من أموال المسلمين ولهم ادخرت فهم أحق بها عند حاجتهم وتضررهم إلا أن يخشى في الحال استئصال قطر من أقطار المسلمين إن أخرجه فلا يجب عليه .

﴿ و ﴾ « منها » ﴿ التفريق بين ذوى الأرحام المحارم في الملك ﴾ فن ملك رقتين فصاعداً بينهما رحم محرمة ، وذلك كأن يملك أخوين أو أمًا وولدها أو ولدًا وخاله أو خالته أو عمته أو نحو ذلك فلا يجوز له أن يفرق بينهما بأن يبيع أحدهما أو بمضه أو يهبه أو ينذر به أو نحو ذلك بما يخرج عن ملكه وسواء أخرج الكبير أم الصغير فإن فعل أثم وكان البيع فاسداً لا أن يبيعهما معاً إلى واحد بمقد واحد فيجوز أو يبيعه إلى رحمه أو يبيعه من نفسه وإلا فلا يجوز ﴿ حتى يبلغ الصغير ﴾ ويفيق المجنون ، وسواء بقى للصغير مع المالك الأول رحم أو لا فلا يصح أن يبيع الأب مثلاً ويبقى الولد وأمه ﴿ وإن رضى الكبير ﴾ بالتفريق فلا يجوز لأنه ليس الحق له فلا يبيعه الرضا . وإنما قال « في الملك » احترازاً من التفريق بالمتق أو الوقف أو الجهات أو بالقسمة بين الورثة أو تسليمه بجنايته فإنه يجوز أن يمتق أحدهما دون الآخر أو يوقفه أو يجعله في جهة والآخر في جهة ولو حصل معه الضرر . واعلم أن تحريم التفريق إنما هو خاص بالآدميين ، أما سائر الحيوانات فيجوز التفريق بين البهيمة وولدها بمد استغنائه عن اللبن إذا كان مما لا يذبح وإلا فجائز مطلقاً .

﴿و﴾ « منها » ﴿النجش﴾^(١) وهو في الشرع الزيادة في ثمن المروض للبيع لاليشتره بل ليفر بالشراء غيره، أو ليحتر البائع عن البيع إلا بما قد وقع فذلك محرم على فاعله، وإذا كان مراده بالزيادة ليفر غيره بالشراء فإذا كان ذلك بعناية البائع ثبت للمشتري الخيار وإلا فلا خيار له .

﴿و﴾ منها ﴿السوم على السوم﴾ بعد التراضي قبل أن يقع البيع بينهما كأن يكون قد اتفق مالك السلعة والراغب فيها على البيع ولم يمقد ، فيقول آخر للبائع : أنا أشتريها منك بأكثر بعد أن كانا قد اتفقا على الثمن سواء زاد في الثمن أو البيع أم لا ، وسواء كان ذلك مرأ أم جهراً فإنه لا يجوز ، أما لو كانا متساومين لم يتراضيا بل دفع للبائع ثمناً فامتنع ، فجاء الآخر ودفع ثمناً جاز ذلك قبل التراضي ، وبعد التراضي لا يجوز إلا في سلعة اليتيم وغلة الوقف فلغير أن يزيد على ثمن الأول ولو بعد التراضي . وكذا يحرم ﴿البيع على البيع بعد التراضي﴾^(٢) وسواء وقعت زيادة أو نقصان أو مساواة فإنه يحرم البيع نحو أن يقول لمن باع بخيار استرد البيع وأنا أزيدك في الثمن ، ثم يشتريه منه ، أو يقول للمشتري بالخيار رد البيع وأنا أبيعك منك بأنقص من ذلك ، ثم يبيع منه .

﴿واعلم﴾ أن من بعد مسألة الزابنة إلى هنا يصح البيع مع الإثم إلا التفريق بين ذوى الأرحام فالبيع فيه فاسد ، وما سياتى من المسائل إلى آخر الباب البيع فيها باطل إلا السلم والبيع ففاسد . وفيما اشترى بنقد غصب البيع صحيح .

﴿و﴾ منها أنه يحرم ﴿سلم﴾ وبيع وهو أن يبيع المسلم فيه قبل قبضه سواء باعه ممن هو عليه أو من غيره فإنه لا يجوز ويكون البيع فاسداً . وقوله ﴿أو سلف وبيع﴾ يعنى يحرم أن يشتري الرجل سلعة بأكثر من ثمنها لأجل النساء ، ويحتال

(١) بفتح التون وسكون الجيم بعده شين معجمة ، والنجش لغة تنفير الصيد واستنارته من مكانه ليصاد اه : (٢) راجع إلى المساومة إذ لا يكون البيع إلا بعد التراضي اه .

لذلك بأن يستقرض الثمن من البائع ليمجله إليه حيلة فإن ذلك البيع حرام باطل .
 ﴿ منها ﴾ ربح ما اشترى بنقد غصب ﴿ معين مدفوع فإنه يجب التصديق به .
 مثال ذلك أن يغصب نقداً ثم يشتري به سلعة ثم يبيعها بربح فإنه يصح الشراء والبيع
 لأن الدراهم والدنانير لا تمنع ، لكن يحرم عليه الربح فيلزم التصديق به لأنه ملكه
 من وجه محظور ، وكذا يحرم عليه ربح الربح كما سيأتي . وهذا إذا كان النقد
 المنصوب معيناً مدفوعاً ، أما لو اشترى شيئاً إلى الذمة ، ثم دفع النقد المنصوب فإنه
 إذا ربح في البيع طاب له الربح ، وكذا ربح رأس المال فإنه يطيب له ، مثال ذلك :
 أن يشتري شيئاً بأربعة دراهم منصوبة معينة مدفوعة ثم يبيع ذلك الشيء بستة
 دراهم ثم يشتري بها شيئاً ثم يبيعه بتسعة دراهم فإنه يطيب له من الربح الأخير
 ثلثاه درهمان لأن ذلك هو ربح الأربعة وهي رأس المال في الشراء الأخير ، ويحرم
 عليه ربح الربح وهو درهم وهو تلك الربح الأخير . وهكذا يحرم عليه ربح الربح
 متدارج ، ومثل ربح رأس المال ربح مالم يضمن ، وذلك كأن يبيع ما اشتراه قبل
 قبضه بأكثر ويرد الزيادة من الثمن على القيمة المشتري الأخير ، مثاله : أن يشتري
 شيئاً بثمانية وهو يساوي تسعة ، ثم يبيعه قبل قبضه بعشرة درهماً المشتري الأخير
 ويبقى درهم يطيب له .

وقوله ﴿ أو ثمنه ﴾ « وكان نقداً » يعنى أو ربح ما اشتراه بثمن المنصوب . مثاله
 لو غصب شيئاً ثم باعه بعشرة ثم شري بها كذلك فإنه يحرم الربح أيضاً سواء كان
 المشتري عالماً بأن البيع أو الثمن منصوب أم جاهلاً . هذا إذا كان الشراء بنقد أما لو
 اشترى شيئاً بنفس العين المنصوبة وهي غير نقد أو بثمنها وهو غير نقد فإن البيع
 باطل فلا تملك تلك العين المنصوبة ولا يملك ثمنها ؛

﴿ و ﴾ ﴿ منها ﴾ ﴿ بيع الشيء بأكثر من سعر يومه لأجل النساء ﴾ فيحرم

وإن لم ينطقا بذلك بل كانا مضميرين له ، ويجوز بيع الشيء بأكثر من سعر يومه ممجلا ، وكذا نساء إذا عزم أن لا يبيعه إلا بذلك ممجلا أو مؤجلا ، وكذا إن لم يعزم وكانت الزيادة مقدار ما يقع به التباين فإن كانت أكثر حرم ، ولا يصح بل يكون باطلا ، لأن الزيادة لم تقابلها إلا المهمة فكان ربي . ويجوز بيع الجملة بسير تفريقها إذا كان التفاوت بين ييمها مفرقة وجملة يسيراً وهو مقدار ما يتباين الناس بعثله ، فإن كان أكثر فلا يجوز ويكون باطلا .

﴿ و ﴾ منها أنه يحرم ولا يصح لمن اشترى شيئاً أن يبيعه ﴿ بأقل مما شراه ﴾ حيلة إذا كان ثمن الشراء نساء وهذه تسمى مسئلة العينة نحو أن يريد أن يقرضه شيئاً بزيادة كمشرة بخمسة عشر فتوصلا إلى ذلك بأن يبيع منه سلعة بخمسة عشر نساء أو نقداً مع قصد الحيلة ثم يشتري منه بمشرة نقداً فإن ذلك لا يصح بل يكون باطلاً لأنه توصل إلى الربا ﴿ إلا ﴾ في أربع صور فيصح : ﴿ الأولى ﴾ أن يبيعه ﴿ من غير البائع ﴾ فإنه يجوز أن يبيع من غيره بأقل مما شراه إلا أن يقصد الحيلة كأن يكون الغير وكيل البائع أو عبده أو شريكاً أو مضارباً فإنه لا يجوز ﴿ الصورة الثانية ﴾ قوله ﴿ أو ﴾ يبيعه ﴿ منه ﴾ أى من البائع ويكون ذلك ﴿ غير حيلة ﴾ يتوصل بها إلى قرض ونساء ، فإن لم يكن على وجه الحيلة جاز ذلك أما إذا كان البيع منه للحيلة فلا يجوز ﴿ الصورة الثالثة ﴾ ﴿ أو ﴾ يبيعه ﴿ بغير جنس الثمن الأول ﴾ ولو كان أقل منه في تقدير قيمته إذا لم يقصد بذلك الحيلة فإنه يجوز ولو اشتراه بدنانير وباعه بدراهم إذا هما جنسان . فأما لو قصد الحيلة فإن ذلك لا يجوز على أى وجه ﴿ الصورة الرابعة ﴾ قوله ﴿ أو ﴾ يكون النقص من الثمن ﴿ بقدر ما انتقص من عينه ﴾ أى من عين البيع . أما إذا كان النقص لنقص سعره فلا يجوز ﴿ أو ﴾ يكون النقص بقدر ما انتقص من ﴿ فوائد الأصلية ﴾ المتصلة به حال العقد فإنه يجوز ييمه من البائع مع ذلك النقص نحو أن يشتري شاة

بعشرة دراهم ثم يستغرق من صوفها بدرهمين فيجوز حينئذ بيعها إلى البائع بثمانية دراهم حيث قد استغرق من فوائدها الأصلية ، لا لو كانت من الفوائد الفرعية كأجرة الدار ونحوها فلا يجوز بيع الدار من البائع فع حط الأجرة .

﴿مسئلة (١) في بيع الرجاء﴾ الذى استعمله أهل زماننا حيلة في تحليل الربا والأقرب أنه على ضريين : ﴿الأول﴾ أن يقول بعت منك بيع رجاء إلى أن آتيك بحقك أو لم يلفظ بذلك بل هو عرف ظاهر لهم - إن البائع متى رد على المشتري مثل ما أعطاه استرجع المبيع . سواء رضى المشتري أم كره . ولا يرعون في ذلك فسخاً ولا إقالة فهذا باطل على المذهب لأنه ربي فلا يطيب للمشتري شيء من ثمار المبيع ولا من منافعه قط ولو أباحها له البائع أو وهبها له أو نذر بها عليه لأن ذلك حيلة في الربا فلا حكم له ، ويلزمه أجرة المبيع إذا استعمله ، ولو ضمن له البائع ما تبع في ذلك فلا حكم لزمانه فإذا تلف المبيع في يد المشتري ضمن كما في البيع الباطل .

﴿الضرب الثاني﴾ هو حيث تكمل شروط صحة البيع في الظاهر . وينقسم إلى قسمين : « الأول » أن يكون قصد المشتري إنما هو التملك للمبيع لا التوصل بمقدد البيع إلى طلب الفلة فقط فهذا البيع صحيح بكل حال . وسواء كان الثمن قليلاً أم كثيراً لأن هذا ليس من عقود الربا « القسم الثاني » حيث يقصد بذلك التوصل إلى طلب الفلة فهذا البيع حرام باطل لأن المضمرة في عقود الربا كالظاهر عندنا فلا يصح هذا البيع ولا أى حيلة في ذلك .

﴿٢٠٧﴾ باب الخيارات

﴿هى﴾ أى الخيارات تثبت ﴿ثلاثة عشر سبباً﴾ ﴿الأول﴾ ﴿لتمذر﴾ أى لمذر مانع عن ﴿تسليم المبيع﴾ نحو أن يبيع شيئاً وتسليمه متمذر لمانع عند العقد

أو بمسده قبل القبض كالنصوب إذا بيع وتمعذر تسليمه فإنه يثبت الخيار ، وكذا ما أمكن تسليمه مع تضرر كبيع حجر من جدار أو فن من خاتم فإنه يثبت الخيار فيه إذا عرف أنه لا يمكن تسليمه إلا بتضرر كما لو تمعذر التسليم لمانع . ﴿ و ﴾ هذا الخيار ﴿ هو لها ﴾ أى يثبت للبائع والمشتري ﴿ في مجهول الأمد ﴾ كالنصوب والضال والسروق لأنهما مجهلان متى يكون الرجوع فيثبت لها الخيار معاً ولو علما من بعد ما لم يرجع ومن رضى منهم قبل الإمكان لم يبطل خياره ولو أبطله مادام السبب المانع عن التسليم موجوداً ، وسواء قبض الثمن أم لا وبعد الإمكان قبل الفسخ لا خيار لأيهما .

﴿ و ﴾ يثبت الخيار ﴿ للمشتري ﴾ فقط ﴿ الجاهل ﴾ لذلك التمهيد ﴿ في معلومه ﴾ أى في معلوم أمده كالؤجر إلى مدة معلومة حيث لا تنفسخ الإجارة فإذا كان المشتري جاهلاً لذلك فله الخيار وإذا كان عالماً فلا خيار له . أما البائع فلا خيار له ولو جهل الإجارة أو مدتها كما لو باع شيئاً مجهول أنه ملكه صح البيع ولا خيار له . أما بيع المرهون فإن كان البيع بغير إذن المرتهن كان موقوفاً ولكل فسخه لكونه موقوفاً لا لتمعذر التسليم فليس لها الفسخ وإن كان بإذن المرتهن فقد انفسخ الرهن .

﴿ و ﴾ ﴿ السبب الثانى ﴾ يثبت الخيار للمشتري ﴿ لفقد صفة ﴾ في البيع سواء ذكرت بغير حرف شرط أو ﴿ مشروطة ﴾ به كالبراءة والحل ، وكذا ما تقدم في الصبر على ذلك التفصيل ، ونحو أن يشتري بقرعة على أنها لبون فيجدها لا لبين فيها فإن له الفسخ لفقد الصفة إذا ذكرت حال العقد لا قبله إلا أن يجرى عرف بأن الشروط قبل العقد كالشروط حاله ثبت له الخيار .

﴿ فرع ﴾ ويعتبر استمرار الصفة المشروطة من وقت العقد إلى وقت القبض فإن فقدت قبل القبض ثبت له الخيار ، فلو اشترى بقرعة على أنها حامل ولم يقبضها إلا وقد ذهب حملها كان له الفسخ ، وكذا لو كانت وقت العقد غير حامل ثم قبضها وهى

حامل كان له الفسخ أيضاً ، وهذا بخلاف خيار العيب .

(و) ﴿ السبب الثالث ﴾ يثبت الخيار ﴿ للفرر ﴾ في شيئين : « الأول » قوله ﴿ كالمصراة ﴾ فإن من صرّ شاة أو تصرّت بنفسها حتى اجتمع اللبن فيها ، ثم اشتراها مشتر فقص لبنها عن أول حلبه في أثناء ثلاثة أيام فإنه يثبت للمشتري الخيار لأجل الفرر ولو علم بالتصرية لأن الضرر حاصل لاختلاف التصرية ، وسواء قال على أنها ليست مصراة أم سكت . وحلبها في الثلاثة الأيام ليس برضاء . أما لو نقص لبنها بعد الثلاث فهو عيب حادث عند المشتري فلو أنكر البائع نقص اللبن كان القول قوله والبينة على المشتري فإن قال البائع ماقص اللبن إلا لقلة الملف كان مدعياً عليه البينة لأنه أقر بالنقص وادعى السبب من المشتري . وإذا ثبت الرد بالتصرية فيجب رد اللبن إن كان باقياً فإن تلف فثله ، فإن عدم الثل في البريد فقيمته يوم الرد ، وسواء كان الرد بالتراضي أم بالحكم .

﴿ واعلم ﴾ أن الرد بالتصرية عام في جميع الحيوانات من مأكول وغيره كالأتان ونحوها ، ويجب رد العين من لبنها لا عوضه ، وكذا ترد الجارية بالتصرية لأنه قد يقصد اللبن لتكون ظئراً .

(و) ﴿ الثاني ﴾ يثبت الفرر في بيع ﴿ صبرة ﴾ جزافاً ﴿ علم قدرها البائع فقط ﴾ وجهل المشتري قدرها وجهل علم البائع بقدرها وحينئذ يكون له الخيار ، أما حيث يكون العالم المشتري دون البائع فلا خيار لأيهما ، وكذا لو علم المشتري بعلم البائع فلا خيار لها أيضاً ، وكذلك لو كان الثمن صبرة نحو ملء الكف من الدراهم وعلم قدرها المشتري فقط دون البائع ثبت للبائع الخيار فلو علما معاً أو البائع فلا خيار لها .

(هـ) ﴿ الرابع والخامس ﴾ الخيار ﴿ للخيانة ﴾ الواقعة من البائع ﴿ في المراجعة والتولية ﴾ ^(١) أيضاً نحو أن يقول رأس مالى كذا وهو أقل فإنه إذا انكشف ذلك

(١) هي كالمراجعة إلا أنها بائنه بالثمن الأول فقط ، كما يأتي أول فصل (٢٢٦)

المشتري ثبت له الخيار على ما سيأتي إن شاء الله تعالى . وأما الفوائد فتكون لمن استقر له الملك كخيار الشرط ، وكذا المون تكون كما في خيار الشرط ،

﴿ و ﴾ ﴿ السادس ﴾ أن يشتري شيئاً لا يعلم قدر ثمنه فيختار ﴿ للجهل ﴾ معرفة قدر ﴿ الثمن ﴾ كأن يقول المشتري زن رطلاً أو يقول البائع بعت منك هذه الصبرة على ما قد بعت من الناس وقد باع على سعر واحد بثمن غير قيمى ولا يعلم المشتري كيف باع فيما مضى كان للمشتري خيار معرفة مقدار الثمن ، فلو اختلف في قدر الثمن الذى باع به فى الماضى لم يقبل فيه شهادة المشتري الأول ولا البائع الأول لأنه يشهد بفعله . ومثال آخر نحو أن يشتري صبرة من مكيل أو موزون كل قدر منه بكذا ولم يعلم كمية الصبرة فى الحال ، ولا كالمأعرفها وعرف مقدار الثمن كان له الخيار بعد السكيل وقبله .

﴿ والسابع ﴾ من أسباب الخيارات قوله ﴿ أو ﴾ جهل المشتري مقدار ﴿ المبيع ﴾ كأن يقول زن بدينار أو يقول البائع بعت منك بمائة درهم من هذه الصبرة على ما قد بعت وقد باع على سعر واحد بثمن غير قيمى فها هنا المبيع لم يعلم كميته ، ولكنه يصح حيث لم تنقص الصبرة عن قدر ما قد باع ويثبت للمشتري خيار معرفة كمية المبيع فلو لم يكن قد باع أو باع بقيمى أو بأسعار مختلفة ولم يمتن أحدها ولا غالب فيها ينصرف إليه أو قال على ما أبيع فى المستقبل فسد البيع ، وهكذا فى المثال الأول فى خيار معرفة الثمن .

﴿ والثامن ﴾ من أسباب الخيارات قوله ﴿ أو ﴾ اشترى شيئاً غير معين فإن له خيار ﴿ تعيينه ﴾ مثاله : أنه لو اشترى ثوبين أو ثياباً كل ثوب بكذا على أنه بالخيار يرد ماشاء ويأخذ ماشاء كان له الخيار يأخذ أيهما شاء وله أخذ السكل وليس له رد السكل ويثبت ذلك إذا شرط الخيار لأحدهما مدة معلومة ولا يصح أن يشترط الخيار لهما معاً لأنهما ربما يختلفان ، وكذا إذا اشترى ثوباً من ثياب مختلفة أو مستوية على

أن له الخيار في تعيينه مدة معلومة صح البيع وله خيار تعيينه وليس له الفسخ في الصورتين لأنه خيار تعيين ، ومن ذلك لو قال بمت منك هذا بكذا وهذا بكذا ولك الخيار مدة معلومة في أخذ أيهما شئت صح البيع ، وله الخيار في أخذ أيهما شاء فلو اشترى فرسين على أن يختار أحدهما في مدة معلومة ثم مات أحدهما قبل تمام المدة ثبت له الخيار في الحى مهما كانا في مدة الخيار بيد البائع ، أألو كانا بيد المشتري تعين الميت ملكه ولا خيار له في الحى .

(و) (اعلم) أن (هذه) الخيارات الثمانية تكون (على التراخي) لا على الفور بمعنى أنه إذا علم بفقد الصفة مثلاً ولم يفسخ فهو بالخيار حتى يصدر منه رضا بالقول أو ما يجري مجراه ، وكذا في خيار تمذر التسليم إلا أنه لو رضى كان له الرجوع . وأيضاً إن هذه الخيارات الثمانية (تورث) فإذا مات من له الخيار أو ارتد ولحق فيكون الخيار لوارثه وإذا كان الورثة صفاراً تولاهما ولي ما لهم ، أما إذا جُنَّ مَنْ له الخيار ناب عنه وليه .

وقوله (غالباً) يحتز من خيار تعيين المبيع حيث تناول المقدر كل الشيء على أن يأخذ ما شاء ويرد ما شاء فإنه إذا مات من له الخيار فلا يورث عنه الخيار ، بل يستقر المبيع للوارث . قال في البحر ومثله في البيان : « إن الخيارات ما كان منها من باب النقص فعلى التراخي ويورث ، وما كان منها من باب التروى والرأى فعلى الفور ولا يورث » .

(فرع) وكل من هذه الخيارات يصح إسقاطه بمعد وجود سببه لا قبله إلا ما كان سببه ممتداً لم يصح إسقاطه كخيار تمذر التسليم وخيار التمين إذا كان الشراء لغير معين .

(ويكاف) المشتري (التمين) للمبيع (بمعد المدة) فإن امتنع حبس حتى يمين وإلا عين الحاكم عنه . وهذا حيث لا يتناول المقدر كل الأشياء وإلا فقد نفذ

في الجميع بخروج المدة، فإن مات من له خيار يورث وقد مضت المدة كلف وارئه التمين .

﴿ والحاصل في الخيارات ﴾ « منها » ما فسخه على الفور « ومنها » ما هو على التراخي « ومنها » ما يورث ، « ومنها » ما لا يورث « ومنها » ما يجب رد الفوائد فيه « ومنها » ما لا يجب .. فالذي فسخه على الفور ولا يورث خيار الرؤية ، والشرط ، وعكسهما وهو ما فسخه على التراخي ويورث خيار العيب ، وفقد الصفة ، والتمين . وجهل قدر المبيع ، والتمن . وصبرة علم قدرها البائع ، وتعذر التسليم ، والخيانة في المراجعة والتولية . . « والذي على التراخي ولا يورث » خيار النبن والمقد الموقوف . . « وأما رد الفوائد » ففي الشرط يجب رد الفوائد الأصلية والفرعية ولو بغير حكم . وكذا فقد الصفة والخيانة وخيار العيب والرؤية وفساد المقد فترد الفوائد الأصلية لا الفرعية بالحكم لا بالتراضي .

﴿ و ﴾ ﴿ التاسع ﴾ من أسباب الخيارات أنه يثبت ﴿ لنبن صبي ﴾ مبيع من نفسه بإذن وليه ﴿ أو ﴾ لنبن ﴿ متصرف عن الغير ﴾ كوكيل أو شريك أو ولي اشترى أو باع وغبن غبنًا ﴿ فاحشًا ﴾ حال المقد ولو كان الغير حاضرًا فإنه يثبت الخيار ما لم يكن الوكيل مفوضًا وكان النبن الفاحش لمصلحة أو كان مما يتقارب الناس بمثله فلا خيار . وهذا في التحقيق يرجع إلى خيار الإجازة حيث يمكن كالصبي بمسد بلوغه والوكل فينفذ المقد بها . وأما حيث لا يمكن الإجازة كتولي المسجد والوقف وبيت المال إذا غبن فلا يصح تصرفه . ويمتد في إجازة ولي الصغير ونحوه أن تكون لمصلحة فإن لم تكن لمصلحة فع العلم ينمزل . . والنبن الفاحش هو ما زاد على نصف عشر القيمة فلا بد من معرفة القيمة قبل ثبوت الخيار فإن اختلف المقومون أخذ بالوسط من الثلاثة وبالأقل من التقويم وفي الأربعة بالأقل من المتوسطين وهذا إذا كان التقويم بأمر الحاكم ولم يذكر المبيعون قدره أو ذكر قدره ولم يأت المقومون بلفظة الشهادة

فهو مجرد تقويم وإلا فالمبرة بما طابق دعوى المغبون .

﴿مسئلة﴾ فلو زاد المشتري على الثمن إلى تمام القيمة أو نقص البائع إلى قدر القيمة كان الخيار باقياً إذ المبرة بحال العقد. أما المالك المرشد إذا باع أو اشترى لنفسه بنهن فاحش فلا خيار له ولو لم يكن من أهل البصر والعرفة .

﴿و﴾ ﴿العائثر﴾ من أسباب الخيارات أنه يثبت في العقد ﴿بكونه موقوفا﴾ فإذا باع الفضولي مال الغير أو اشترى له كان للفضولي الخيار وللغير أيضاً الخيار في الإجازة وعدمها. وهذان الخياران أعنى خيار المايئة وخيار الإجازة ﴿هما على التراخي﴾ لا الفور فلو علم ولي الصبي بنهن فسكت كان على خياره ولو طالت المدة حتى يجوز أو يرد وهكذا المالك إذا علم بمقد الفضولي وسكت فهو باق على خياره ﴿و﴾ كذا ﴿لابورثان﴾^(١) فإذا مات ولي الصبي الذي غبن غبنا فاحشا بطل العقد بالموت وسواء كان الماقد الصبي أو الولي وكذا لو مات الصبي قبل الإجازة بطل العقد أيضاً .

﴿و﴾ ﴿الحادى عشر﴾ الخيار ﴿لِلرؤية﴾ . ﴿و﴾ ﴿الثانى عشر﴾ خيار ﴿الشرط﴾ . ﴿و﴾ ﴿الثالث عشر﴾ خيار ﴿العيب﴾ قال الإمام عليه السلام : وقد أفردنا لكل من هذه الثلاثة فصلاً لكثرة مسائلها فبدأنا بخيار الرؤية .

﴿٢٠٨﴾ ، ﴿فصل﴾

٧ فى خيار الرؤية

قال الإمام عليه السلام : ﴿فن اشترى﴾ أو أجاز شيئاً ﴿غائباً﴾ لم يكن قد رآه رؤية مثله أو كان حاضراً أو رآه رؤية غير مميزة وقد ﴿ذكر جنسه﴾ وقدره ﴿صح﴾ البيع مع تكامل شروطه وله الخيار على ما سيأتى . وقوله ذكر جنسه المراد

(١) قيل وأى حق للولى حتى ينتقل الخيار إلى ورثته اهـ .

إذا كان مثلياً لا يختلف بتفاوت التسمية باختلاف نوعه وصفته فيكفى فيه ذكر الجنس وإلا لم يصح إلا بتعيين الجنس والصفة التي يتعين بها. والمراد إذا كان قيمياً وميز في لفظ البيع، أو هذا مطلق مقيد بما تقدم في قوله ومجهول المبين مخيراً فيه. أما إذا باع مالم يره صح أيضاً ولا خيار للبائع للرؤية عندنا وله الخيار للفرر وذلك في ثلاث صور :

﴿ الأولى ﴾ أن يقع من المشتري أو من غيره بمنايته تدليس بأن البيع دون ما هو عليه من النفاسة في القدر أو في القيمة أو أنه غير مرغوب إليه في الشراء أو غير مرغوب فيه بالانتفاع نحو أن يقول له إن الأرض المبعة في موضع ناء أو مخوف أو لا تسقى من سيلٍ أو نحو ذلك بحيث لولا التفرير لما باعها فإن هذا مما يثبت به الخيار ولو باعها بالثمن الوافي فله الخيار ويورث عنه . وكذا لو دلس عليه المشتري أو غيره بمنايته بمجالة ثمن المبيع الذي دفعه كأن يقال له هذا الثمن كذا قدرأ أو صفة وهو على خلاف ذلك . فلو كان التدليس من البائع على المشتري بمقارة الثمن أو غلاء الثمن أو نحو ذلك ثبت له الخيار كما يثبت للبائع .

﴿ الصورة الثانية ﴾ حيث تلقى الركبان أو اشترى منهم فن غبن منهم كان له الخيار. ﴿ الصورة الثالثة ﴾ في صبرة من الثمن علم قدرها المشتري فقط وهذه الثلاث الصور راجعة إلى الفرر إذ الغلبة فيها له .

﴿ و ﴾ إذا اشترى شيئاً غائباً أو حاضراً كما تقدم كان ﴿ له رده ﴾ بخيار الرؤية سواء وجدته على الصفة المذكورة أم أدنى أم أعلى فيثبت له الرد من بعد الشراء إلى ﴿ عقيب رؤية ﴾ فيتضمن الرد عقيبها على الفور كما في الشفعة، فلو تراخى عن الفسخ عقيبها بطل الخيار إذا علم أن التراخي يبطل والقول قوله في الجهل وله الرد قبل الرؤية على التراخي ويثبت الخيار له أيضاً فيما عين وفيما يثبت في الذمة كموض الخلع ويرجع إلى القيمة يوم العقد . ويثبت الخيار أيضاً في السلم فيه . وأما رأس مال السلم والصرف وسائر

الأثمان إذا كانت من النقيدين فلا خيار رؤية فيها إلا قبا كان معييا منها فله خيار الميب . وحيث يثبت له الخيار فلا بد أن يكون الفسخ في وجه البائع إن كان حاضرا أو يملئه بكتاب أو رسول إذا كان غائبا وهذا لازم في جميع الفسوخات . ويثبت للبائع حق طلب المشتري لرؤية المبيع ليبطل الحق الثابت عليه للمشتري . ولا بد أن تكون الرؤية التي ينقطع الخيار عندها ﴿ مميزة ﴾ فلو رآه رؤية غير مميزة نحو أن يراه في المرأة أو في الماء أو رآه وهو سكران لم يبطل خياره وكذا لو رآه في الليل أو من خلف زجاجة لم يبطل خياره إذا لم يتحققه . أما لو كان لا يميز الرئي إلا بالزجاجة على عينييه لم يبطل خياره إلا إذا كانت الرؤية بها . وإذا كانت السن مقصودة في الحيوان ، وغير ذلك في غيره كسفينة وسيارة ونحوهما فله الخيار حتى يعرفه ذو معرفة . ومن حق الرؤية أن تكون ﴿ بتأمل ﴾ فلو رآه من دون تأمل لم يبطل خياره ، ورؤية التأمل خير الرؤية المميزة لأن رؤية التأمل هي الرؤية التي يعرف بها الشيء فيفهم بها جودته وردائه وغلاؤه ورخصه .

ولا بد أن تكون تلك الرؤية ﴿ شاملة لجميع غير المثل ﴾ المستوى وغيره وهو المثل المختلف والقيمي ، فالمثل المستوى نحو أن يرى بعض الطعام من السكيلات ولو من غير المبيع أو بعض السمن من الموزونات ونحو ذلك إن كان المبيع مستويا فلو كان المثل مختلفا لم تكف رؤية بعضه دون بعض وكذلك القيمي المختلف فلو رأى بعض المنازل من الدار أو على البناء دون أسفله أو العكس أو رأى المنازل دون السطوح أو رأى البهيمة ولم ينظر سنها إذا كان مقصودا فلا يبطل خياره ، وكذا لو رأى ظاهر السفينة أو السيارة أو المنزل أو الرحى أو الساعة المعروفة أو الطنافس أو الزرابي أو نحو ذلك لم يبطل خياره لأنه لا بد من رؤية باطن ذلك وظاهره ﴿ إلا ما يعنى ﴾ عن رؤيته في العادة نحو أن ينبى عنه اليسير من المبيع كأساس البناء وداخل الحش وكذا ما قد أخذته الأملح من الجدار فلا خيار له إذا لم ير ذلك إلا أن يجد عييا فله خيار الميب

وكذلك البئر إذا دخلت تبعاً للمبيع ولم يرها فلا خيار له لأنها غير مقصودة في السعة إلا إذا اشترت مستقلة، وهذا بخلاف المدفن إذا كان في الدار ودخل تبعاً فلا بد من رؤيته مثل سائر المنازل لأنه يكون مقصوداً في السعة .

﴿مسئلة﴾ ورؤية البندق تكون لباطنها بالرمي ولظاهرها بالرؤية فلو تشققت بالرمي فإن كان الرمي^(١) به من البائع فلا شيء على الراعي وله أن يأخذها أو يردها ولا أورش له ولا عليه . وإن كان من المشتري فيخير إن شاء أخذها وأورش القديم وإن شاء ردها وأورش الحديث .

﴿ويبطل﴾ خيار الرؤية بأحد أمور عشرة :

﴿الأمر الأول﴾ يبطل ﴿بالموت﴾ أى فإذا مات المشتري ولو كان وكيلًا لم يصف بطل خيار الرؤية في حقه ولزم المبيع لورثته وكذا لو ارتد ولحق ، وينتقل الخيار إلى ولي من جن وإلى صبي بلغ . أما لو مات البائع فلا يبطل الخيار على المشتري ؛ ﴿الأمر الثاني﴾ الإبطال بعد العقد ﴿فإذا أبطل المشتري أو الفضولى وأجاز المشتري إبطال خيار الرؤية بعد العقد بطل الخيار ولا يحتاج في إبطاله إلى حكم حاكم ولا إلى تراض لضعفه لأن العقد غير منبرم ، وقول الإمام بعد العقد : لأنه لو أبطل قبل العقد أو حاله أو التمس لم يبطل لأنه لم يحصل سببه ، وأما لو شرط البائع إبطاله حال العقد فيفسد لأنه رفع موجهه بخلاف ما لو شرط المشتري إبطاله فلا يفسد العقد .

﴿و﴾ ﴿الأمر الثالث﴾ أن يتصرف المشتري في المبيع بعد الشراء ﴿بأى﴾ وجوه ا ﴿لتصرف﴾ ولو على وجه فاسد فيبطل الخيار نحو أن يبيعه قبل القبض أو يرهنه أو يؤجره أو يعيره أو يهبه وكذا لو أنكحه أو نذر به أو شفع به أو شفع فيه وسلم لا يحكم . وقائده أنه لو رده الشفيع على المشتري برؤية أو بيع فله أن يزدده

(١) وهو المبر في العرف اهـ .

على البائع إذا سلمه بالحكم وهذا في غير المشترك فأما لمشارك فلا يبطل خيار الرؤية بتصرف أحد الشركاء ، وكذا لو باع بمضه بطل الخيار لا لو باعه بإيجاب ولم يحصل القبول فلا يبطل فلو باعه بخيار بطل خيار الرؤية ولو عاد إليه بما هو نقص للعقد من أصله .

﴿ وضابطه ﴾ كل تصرف ﴿ غير الاستعمال ﴾ يبطل الخيار ، والفرق بين التصرف والاستعمال أن الاستعمال قد يجوز في ملك الغير مع ظن الرضا ، وأما التصرف فلا يكون إلا في الملك فلذلك كان قرينة الرضا بخلاف الاستعمال فليس بقرينة ، ولذا فلا يبطل به الخيار ولو كثر ، والاستعمال نحو أن يركب الدابة قبل رؤيتها أو يلبس الثوب أو يزرع الأرض ولو بالحرق قبل الرؤية فلا يبطل بذلك الخيار . فلو اختلفا في الاستعمال كان القول للبائع في البناء ونحوه أنه رضى وللمشتري في لبس الثوب ونحوه أنه للتعريف .

﴿ و ﴾ ﴿ الأمر الرابع ﴾ من الأمور المبطله لخيار الرؤية هو ﴿ التمييز ﴾ الحادث في البيع قبل رؤيته فإنه يبطل خيار الرؤية إذا حدث بعد القبض ولو بسبب من البائع أو حدث قبل القبض بفعل المشتري .

﴿ و ﴾ ﴿ الأمر الخامس ﴾ هو ﴿ نقص ﴾ الحاصل في البيع ﴿ عما شمله العقد ﴾ فلو نقص من البيع بعد قبضه قبل رؤيته شيء مما شمله العقد ولو بأمر غالب أو ما يتسامح بمثله بطل الخيار نحو أن يشتري البقرة وفيها لبن أو الشاة وعليها صوف ثم ذهب اللبن^(١) أو الصوف بطل الخيار ، وكذا لو اشترى الشجرة وعليها ثمر وشرط دخوله في البيع أو جرى عرف بدخوله ثم ذهب الثمر قبل الرؤية بطل الخيار ، وكذا لو هزل البيع قبل الرؤية بطل الخيار ولو عاد إلى ما كان عليه . فلو كان النقص نقصان سعر

(١) إذا حلبها لتصرف لا لو كان لتصرف فلا يبطل كما يأتي في الأمر الثالث أثناء فصل ١٢٠٩ هـ

فلا يبطل به الخيار، وكذا الفوائد إذا لم تكن ثابتة حال العقد بل حدثت بعد العقد ثم استهلك قبل الرؤية ولو بتمل المشتري لم يبطل الخيار . وقول الإمام عليه السلام ﴿ غالباً ﴾ يجتز من المصراة إذا استهلك لبنها الذي شمله العقد فعلى المذهب عنده أنه لا يبطل خيار الرؤية . والصحيح للمذهب أن ذلك النقص يبطل به خيار الرؤية ويثبت له الرد بخيار الفرر ، ولهذا كان الصواب أن يقول « مطلقاً » لا « غالباً » .

﴿ و ﴾ ﴿ الأمر السادس ﴾ ﴿ جسّ ما يجس ﴾ مع علمه أن ذلك هو المبيع فلو اشترى الكبش للحم وجسه أو البقرة للبن وجس ضرعها فإن الجس يقوم مقام الرؤية في ذلك، فتى جسّه بطل خياره . فلو رأى ذلك ولم يجسه فهو على خياره . أما ما يشترى للقذية فلا يشترط جسّه بل تكفى رؤيته ، ومثل الجس طعم ما يطعم وشم ما يشم ولمس ما يلمس فإذا حصل شيء من ذلك ولم يفسخ بطل خياره مع علمه بأن ذلك هو المبيع وأن له الخيار وأن الفسخ يكون على الفور وإلا فلا يبطل خياره .

﴿ و ﴾ ﴿ الأمر السابع ﴾ إذا رأى المبيع بعد العقد مع علمه أنه المبيع وأن السكوت مبطل وأن الفسخ على الفور ، فسكت ولم يفسخ نفذ البيع وبطل الخيار ﴿ بسكوته عقيباً ﴾ ولو سكت ليتأمل به بعد أن رآه رؤية كاملة فإنه يبطل خياره ، وكذا لو كرهه بقلبه ولم يلفظ بالفسخ فلو رضيه بقلبه عند الرؤية وفسخ عقيباً لم يبطل خياره .

﴿ و ﴾ ﴿ الأمر الثامن ﴾ أن يوكل على الشراء فيبطل الخيار ﴿ برؤية من الوكيل ﴾ لأن رؤيته رؤية للموكل فلو رآه ثم فسخه الموكل بخيار الرؤية لم يفسخ ، وكذا لو أبطل الموكل خيار الرؤية لم يبطل في حق وكيل الشراء لا وكيل القبض لأن وكيل الشراء تتعلق به حقوق العقد فيكون الفسخ بخيار الرؤية وإبطاله إليه إذا لم يضاف فإن أضاف تعلقت الحقوق بالموكل . وأما وكيل القبض ووكيل الرؤية

فإنه يبطل خيار الرؤية برؤيتهما إذا لم يفسخ الموكل غقيب رؤيتهما لأنه ليس لها أن يفسخا بخيار الرؤية إلا أن يوكلها به ﴿ لا الرسول ﴾ فلا تكون رؤيته رؤية للمرسل. والرسول هو الذى يقول له المشتري قل للبائع يأمرلى بالمبيع معك أو مع غيرك والوكيل هو الذى يقول له المشتري اقبض المبيع من فلان أو خذ من فلان .

﴿ و ﴾ ﴿ الأمر التاسع ﴾ أن تكون الرؤية ﴿ لبعض ﴾ من المبيع كأنموذجه أى « عَيْنَتُهُ » ولو من غيره إذا كان ذلك البعض ﴿ بدل على الباقي ﴾ ويحصل به معرفة جميعه نحو بعض الطعام وبعض الثياب المستوية فى النسيج والجنس والصفة والصبيغ أو ظاهرها الذى يعرف به خشونتها وليتها ورقتها فإن رؤيته فى البعض للمستوى بمنزلة رؤيته للجميع فيبطل خياره ولو لم يدخل الذى رآه فى المبيع إذ قد حصلت رؤية بعضه وإن كان لا يدل على الباقي بأن يكون المبيع مختلفاً لم يبطل الخيار برؤية البعض كقطعتي أرض أو بعض شبكة للصيد أو للملف ، وكذا الحيوان إذا كان للحمل فلا بد من رؤية جميعه إذا كان المشتري ممن يعرف ذلك وإلا فهو على خياره إلى أن يعرفه ذو معرفة . وأما الأمة فلا بد من رؤية جميعها ماعدا العورة ، وكذا العبد ، وأما الكتاب فإن كانت أوراقه مختلفة أو خطوطه مختلفة فلا بد من رؤية جميعها وإن كانت مستوية وكان الخط فيها مستويًا فتكفى رؤية البعض .

﴿ و ﴾ ﴿ الأمر العاشر ﴾ أن يكون من له الرؤية قد رأى المبيع رؤية ﴿ متقدمة ﴾ ولو بمدت عن الشراء أو جس مايجس أو نحو ذلك فتكفى تلك الرؤية أو نحوها ويبطل خياره إذا كانت ﴿ فيما لا يتغير ﴾ عادة فى مثل تلك المدة كالأرض والدار. فأما لو كان المبيع مما يجوز تغيره فى تلك المدة ولو لم يتغير فلا تكفى الرؤية المتقدمة ، وذلك كاللحم واللبن ونحوها فهما يحتمل التغير فلا تكفى فى إبطال الخيار ومهما لم يحتمل التغير كفت الرؤية المتقدمة ممن له الرؤية من وكيل أو أصيل. فلو رآه الوكيل كفى ، وأما لو رآه الأصيل ولم يره الوكيل فلا تكفى لأن الرؤية للوكيل حيث لم

يضاف لتملق الحقوق به فإن أضاف الشراء إلى موكله كفت رؤية الأصل المتقدمة وأما لو رآه الوكيل قبل التوكيل فلا تسكنى إلا حيث لم يصف .

(و) إذا كان للمشتري فسخ المبيع لخيار الرؤية جاز (له الفسخ قبلها) وإن لم يره سواء بلغه أنه موافق للصفة أو زائد عليها ولكن إذا كان البائع حاضراً كان الفسخ في وجهه ولو لم يرض وإن كان غائباً أعلمه بكتاب أو رسول ، وهذا عام في جميع الفسوخات ماعدا الموقوف فلا يعتبر فيه ذلك ، وأما رد المبيع بخيار الرؤية فلا يرجع المشتري بما أنفق عليه كما في خيار العيب فلو تلف المبيع بعد الفسخ وقبل أن يرده إلى البائع تلف من مال المشتري ولو بعد الحكم .

(و) إذا قبض المشتري المبيع ولم يره ثم حصلت منه فوائد ثم رآه ففسخه بالرؤية استحق (فرعية) فوائد (ما قبض) ولا يلزمه ردها (وإن رد) المبيع ، وسواء رده بالحكم أو بالتراضي ، وسواء حصلت قبل القبض أم بعده ، والمراد بالفرعية هاهنا الكسب والأجرة حيث اشتراء وهو مؤجر ولم تنفسخ الإجارة أو غصب عليه فلزمت الأجرة . وضابط الفرعية أنها مالم يس لها جرم كالسكنى ونحوها ولو تولد منها ماله جرم كالأجرة ، وأما الفوائد الأصلية وهي الماله جرم كالصوف واللبن والولد والتمر فحكمها في يده أمانة فإنه يلزمه ردها إذا فسخ وتصير في يده أمانة لا يضمنها إذا تلفت بدون جناية منه ولا تفريط . ولا يرجع بما أنفق على المبيع وفوائده الأصلية إلا إذا نوى الرجوع ولكن له الرجوع بما أنفق عليها إذا نوى الرجوع وإذا تلفت بدون جناية منه فلا يضمنها .

(فائدة) الفوائد الأصلية والفرعية في خيار الشرط يجب ردها مطلقاً ولو بفير حكم . وفي العيب وفساد العقد ترد الأصلية لا الفرعية مع الحكم لا مع التراضي فلا يرد شيئاً مطلقاً . وأما في الرؤية فتطيب الفرعية للمشتري والأصلية ترد للبائع مع الفسخ بالحكم أو بالتراضي .

﴿و﴾ إذا اختلف البائع والمشتري هل رأى المبيع رؤية مميزة أم لا كان القول له ﴿أى للمشتري﴾ فى نفى الرؤية ﴿المميزة﴾ وكذا فى نفى الجنس المميز ونحوه . ﴿و﴾ إن اختلفا هل فسخ حين رأى أم لم يفسخ فالقول ﴿للبائع فى نفى﴾ وقوع ﴿الفسخ﴾ من جهة المشتري لأن الأصل عدمه وصواب العبارة «وللنافى منهما الفسخ» .

﴿٢٠٩﴾ (فصل)

فى خيار الشرط

﴿و﴾ اعلم أن خيار الشرط ﴿يصح﴾ فى جميع المبيع أو فى بعضه إذا تميزت الأثمان فى المختلف، كأن يقول : بعت منك هذه الثياب كل ثوب بعشرة على أن ترد ما شئت فى عشرة أيام ولا يحتاج فى المستوى كل كذا بكذا .. ﴿ولو﴾ وقع ﴿بعد العقد لا﴾ لو وقع ﴿قبله﴾ أى قبل العقد فلا يصح إلا أن يجرى عرف بأن الشروط قبل البيع كالشروط حاله فيصح كما لو وقع حاله. وإذا جعل ﴿شرط الخيار﴾ فلا بد أن تكون له ﴿مدة معلومة﴾ سواء طال أم قصرت، فلو قال لى الخيار لساعة فإن كان المقصود بها الوقت المقدر بستين دقيقة صح وإن كان المراد بها وقتاً غير مقدّر لم يصح، فلو باع وقال لا بخلافة^(١) فإن علمنا أن المعنى خيار ثلاثة أيام صح وإلا فلا خيار .

ويصح الخيار ﴿لها﴾ معاً أى للبائع والمشتري ﴿ولأحدهما أو﴾ يجعل المشتري أو البائع الخيار ﴿لأجنبي﴾ ولا بد أن يكون معلوماً كزيد مثلاً ﴿فيتبمه﴾ خيار الجاعل ﴿ويكون الخيار لها معاً﴾ وفائدته أن من سبق من الجاعل أو المجهول له وهو زيد إلى فسخ أو إمضاء كان الحكم له .

(١) الخلافة - بكسر الخاء - : الخديعة باللسان اهـ

﴿واعلم﴾ أن البائع إذا جعل الخيار للمشتري أو العكس فلا يتبعه الخيار للجاعل وإن أومأ الأزهار خلاف هذا . وقوله ﴿إلا لشرط﴾ أى إلا أن يشترط الجاعل أن لا خيار لنفسه فيبطل خياره ويبقى الخيار للأجنبي فقط ، فلو أمر غيره أن يبيع شيئاً مع شرط الخيار فإن الخيار يكون للوكيل ما لم يصف .

﴿فرع﴾ وأما لو وقع الخيار لمدة مجهولة أو لأجنبي مجهول فإن كان حال العقد فلا يصح العقد ولا الشرط وإن كان بعده صح العقد ولنى الشرط لأن الفساد طارئ . ﴿واعلم﴾ أنها تصح الزيادة بعد العقد في الخيار والتمن والمبيع كما تقدم وسواء كانت في المجلس أم بعده وسواء كان المبيع باقياً أم قد تلف أم قد خرج من ملكه فإذا باعه ثم عاد إليه بما هو ناقض للعقد من أصله فإنه يردده بخيار الشرط وفائدة الخيار بعد التلف التراجع ما بين القيمة والتمن .

﴿ويبطل﴾ خيار الشرط بأحد أمور سبعة :

﴿الأول﴾ ﴿بموت صاحبه﴾ فإن كان للبائع والمشتري معاً بطل خيار الميث وكان الحى على خياره وإن ماتا معاً بطل خيارهما واستقر المبيع للمشتري .

﴿فرع﴾ وإذا كان المشتري شخصين والبائع شخصين والخيار لهما فن مات بطل خياره والحى على خياره ولا يقال انه قد تم البيع من جهة الميث فيبطل خيار الحى كما إذا رضى أحدهما فإن الموت ليس برضاء حقيقة ولكن لتعذر الفسخ من جهته شبهه بالرضى ، وإذا رد الحى وجب أن يرد ورثة الميث لثلاث تفرق الصفقة على البائع . وقوله ﴿مطلقاً﴾ أى سواء شرطه لنفسه أم لغيره فإنه يبطل الخيار بموته .

﴿نعم﴾ وإذا شرط الخيار للأجنبي مات الشرط بطل خياره ﴿فيتبعه﴾ بطلان خيار المجهول له وهو الأجنبي فلا يبقى المجهول له على خياره سواء كان الخيار مقصوراً عليه أم لا وسواء كان وارثاً للشارط أم أجنبياً لأنه وكيل للجاعل والوكالة تبطل بالموت ؛ أما لو مات المجهول له وهو الأجنبي دون الجاعل لم يبطل الخيار

على الجاعل سواء قيل أن الأجنبي وكيل أم أصيل إلا إذا كان الجاعل قد أبطله أو شرط لا خيار له مع الأجنبي .

﴿ و ﴾ ﴿ الثاني ﴾ أنه إذا أمضى البيع من له الخيار مضى ﴿ بإمضائه ﴾ وبطل خياره سواء كان المضى هو البائع أم المشتري أم الأجنبي ﴿ ولو ﴾ أمضى أحدهما البيع ﴿ في غيبة الآخر ﴾ عن المجلس صح الإمضاء سواء كان المضى هو البائع في غيبة المشتري أم المشتري في غيبة البائع ﴿ وهو ﴾ أى النائب باق ﴿ على خياره ﴾ إذا كان الخيار لهما . والإمضاء في هذين الحكمين ﴿ عكس الفسخ ﴾ أى بخلاف الفسخ « فالحكم الأول » إن الفسخ من أحدهما لا يتم من جهة الآخر حتى يعلم بأن يكون الفسخ في حضوره إذا كان حاضراً وإن كان غائباً لم أن يرسل إليه أو يكتب إليه ولا يعتبر رضاؤه ، فلو تعذر حضور الآخر ناب عنه الحاكم ويكون الفسخ في محضره ، فإن لم يوجد حاكم فن صلح ويشترط حضور الآخر سواء كان الفسخ بالقول أم بالفعل ، وذلك كأن يكون الخيار للبائع فيتصرف في البيع . ﴿ نعم ﴾ فلو فسخ في غيبة الآخر ، فلا يتم الفسخ حتى يعلم الآخر ، فلو رجع قبل أن يعلمه فلا يصح رجوعه فلو تلف قبل علم البائع بالفسخ كان تلفه من مال المشتري إن كان الخيار له وإن كان لهما فن مال البائع .

« والحكم الثاني » في الفسخ أنه إذا فسخ أحدهما لم يبق الآخر على خياره بل يبطل الخيار ويفسخ البيع .

﴿ و ﴾ الأمر ﴿ الثالث ﴾ مما يبطل به الخيار أنه كما يبطل بالإمضاء يبطل أيضاً إذا تصرف المشتري في البيع ﴿ بأى تصرف ﴾ « أو استعمال » وقع منه ولو لم يصح التصرف ، نحو أن يبيعه قبل القبض أو بعهده ، أو يهبه أو يعتقه أو يعيره أو يستعمله كلباس الثوب وسكنى الدار وركوب الفرس ، فإن ذلك كله يبطل به خياره ولو جهل كونه له ، أو أن استماله يبطل خياره ، وسواء استعمله ﴿ لنفسه ﴾ أو كان

لمصلحة نفسه وللمبيع فإن ذلك يبطل به الخيار ، أما لو فعل ذلك لمصلحة المبيع فقط كأن يركبه ليسقيه أو ليملفه أو يحمل له علفاً عليه ، فإن ذلك لا يبطل به الخيار ولو كان في حضور البائع ، وكذا لو استعمله المشتري بإذن البائع فإنه لا يبطل الخيار سواء كان الخيار لأحدهما أو لهما معاً . « والحاصل » أن التصرف أو الاستعمال من المشتري أو بمجموله يكون إمضاء للمقد ، ومن البائع إذا كان الخيار له يكون فسخاً للمقد ، ولا يكون التصرف أو الاستعمال مبطلا للخيار إلا إذا كان فعله لذلك ﴿ غير معروف ﴾ لحال البيع ، أما إذا ركبه ليعرف كيف جريه أو حمله شيئاً ليعرف القدر الذي يستطيع حمله فلا يبطل . فلو تلف فن ماله . وكذا إذا أمر العبد ليعرف كيف طاعته ، أو يعرض المبيع للبيع ليعرف ما يدفع فيه وما أشبه ذلك فإنه لا يبطل الخيار ، بذلك ، وكذلك الاستخدام والانتفاع الذي يمتد مثله مع بقاء الخيار لا يبطل الخيار وكذا حلب البقرة وإتلاف اللبن لا يبطل خيار المشتري لجري المادة بذلك وإذا تصرف فيه للتعرف فلا يعرف غرضه إلا من جهته فيكون القول قوله في أنه أراد التعرف فأما ما عرف أنه لا يفعله المشتري للتعرف ﴿ كالتقبيل ﴾ يعنى تقبيل الجارية ﴿ والشفع ﴾ به حيث بيع إلى جنبه مبيع فشفع المشتري بالمبيع الذي له الخيار فيه فيكون مبطلا للخيار ولو لم تثبت الشفعة لأنه تصرف لغير التعرف قطعاً ، وكذا البائع لو شفح بالمبيع في وجه المشتري كان فسخاً للبيع .

﴿ فرع ﴾ واعلم أنه لا يبطل خيار البائع بقبض الثمن وإتلافه حيث سلمه المشتري إلى البائع ابتداء ، وأما إذا طلبه البائع من المشتري فإنه رضا واختيار لتمام البيع إلا أن يجري عرف بخلافه لم يكن رضا .

﴿ والتأجير ﴾ - ولو فاسداً - كالشفعة في أنه تصرف لنفسه ﴿ ولو ﴾ أجره البائع إلى ﴿ المشتري ﴾ وكان للمشتري الخيار أو للبائع فإن تأجيره إياه فسخ منه لذلك البيع وإبطال لخيار المشتري ولو كان التأجير بملف البهيمة فقط وكذا لو أعار المبيع البائع

أو رهنه أو استعمله لنفسه فإنه فسخ للبيع من جهته ولكنه لا يتم حتى يعلم به المشتري فلو أجره المشتري من البائع كان إمضاء البيع من جهة المشتري وإبطالاً لخيار البائع وقوله ﴿ غالباً ﴾ احتراز « من صورتين » فإن التصرف لا يبطل الخيار فيهما .

﴿ الصورة الأولى ﴾ حيث يشتره المشتري مسلوب المنافع مدة معلومة ثم يؤجر البائع من المشتري أو من غيره تلك المنافع المستثناة فإن ذلك لا يفسخ به البيع .

﴿ الصورة الثانية ﴾ حيث شرط أن لا فسخ له إلا برد الثمن أو مثله في مدة معلومة فلا يكون فسخاً لو أجره لعدم حصول الشرط لكن إن تم البيع من بعد تبين بطلان الإجارة وإن فسخ تبين صحتها .

﴿ والرابع ﴾ مما يبطل به الخيار أنه إذا سكت من له الخيار مدة الخيار ولم يفسخ قبل خروج المدة بطل خياره ﴿ بسكوته لتمام المدة ﴾ لأنه بتمام المدة يبطل خياره سواء سكت أم فسخ وقد تمت المدة إلا أن يحدد الخيار للبائع أو للمشتري عاد له كما تقدم في قوله ولو بعد العقد، فلو اتفق تمام المدة والفسخ رجح الفسخ ، ويبطل الخيار بانقضاء المدة إذا كان من له الخيار ﴿ عاقلاً ﴾ قبل انقضائها بما يسع الفسخ . فأما لو انقضت وهو غير عاقل فمحو أن يكون نائماً أو مغفياً عليه في تلك الحال لم يبطل خياره بانقضائها حتى يعقل، فإذا عقل فله أن يفسخ فوراً وإن لم يفسخ فوراً بطل خياره ، وكذا المجنون إذا لم يكن له ولي أو كان له ولي ولم يصدر منه أحد الأمرين: الفسخ أو الإمضاء فإنه يبقى على خياره كما تقدم . وكذا إذا كان في صلاة فريضة فإنه لا يبطل خياره بانقضاء المدة بل له أن يفسخ بعد الفراغ فوراً . أما السكران فكالعاقل يبطل خياره بسكوته حتى تم وقت الخيار ﴿ ولو ﴾ كان العاقل ﴿ جاهلاً ﴾ لبطلان الخيار بالسكوت أو جاهلاً لمضى المدة إلا أن يبطل ثبوت الخيار فله الفسخ متى علم فوراً ويعفى له قدر المجلس .

﴿ والخامس ﴾ أنه إذا ارتد عن الإسلام من له أى خيار كان بطل خياره

﴿ برده ﴾ إذا استمر على كفره ﴿ حتى انقضت ﴾ مدة الخيار فإن أسلم قبل انقضائها فهو على خياره إن لم يكن قد أبطل وارثه الخيار بعد لحوقه بدار الحرب .
 ﴿ والسادس ﴾ أنه إذا نسي قدر الثمن بطل الفسخ فلو اختلف في قدر الثمن عند رده فالبينة على المشتري لأنه يدعى الزيادة .
 ﴿ والسابع ﴾ حيث التبس من له الخيار فحينئذ لا خيار للبائع ولا للمشتري والعقد صحيح .

﴿ ٢١٠ ﴾ (فصل)

في حكم البيع حيث الخيار للمشتري وحده أو للبائع وحده أو لهما .
 ﴿ و ﴾ بيانه أنه ﴿ إذا انفرد به المشتري ﴾ دون البائع أو انفرد به بمجمول له الخيار من جهة المشتري . انتقل حكم الملك إليه وثبت له أحكام « خمسة » وليس للبائع أن يطالبه بالثمن حتى يتم البيع .

﴿ الأول ﴾ أنه إذا اشترى رحمه من النسب ﴿ عتق عليه ﴾ ولو جهل الرحم ما لم يشفع فيه لم يعتق لأن حق الشفيع سابق .
 ﴿ والثاني ﴾ أنه إذا اشترى أحد الزوجين الآخر أو بعضه انسخ نكاحهما والخيار باق ولم يعد النكاح إلا بتجديد ، ولو رد بالخيار أو شفع فيه لم يعد النكاح إلا بتجديد .

﴿ والثالث ﴾ أن المشتري إذا انفرد بخيار المبيع ﴿ شفع فيه ﴾ « وبه » أى شفعه من له سبب يستحق به الشفعة، وكذا له أن يشفع به فإن لم يشفع فللبائع الشفعة إذا رد المشتري وكذا للمشتري في خيار البائع إذا تم العقد .

﴿ و ﴾ ﴿ الرابع والخامس ﴾ أنه إذا تعيب المبيع ﴿ بميب أو تلف في يده ﴾ فيكون ﴿ من ماله ﴾ أى من مال المشتري بمعد قبضه ولو بفعل البائع ﴿ فيبطل ﴾

خياره إذا اتفق أى هذه الأمور وينفذ البيع . ﴿وا﴾ ن ﴿لا﴾ ينفرد المشتري بالخيار بل كان لها ممّا أو للبائع وحده ﴿فا﴾ لو اُجب هو ا ﴿لممكن﴾ فى هذه الأحكام التى ذكرت وهو أنه لا يمتنع ولا يشفع فيه وله أن يشفع به ويكون فسخاً من جهة البائع ﴿ولا يتعيب﴾ ولو بفعل المشتري ويضمن ما نقص من قيمته للبائع ﴿ولا يتلف﴾ من ماله لأنه حينئذ لم يكن قد انتقل عن ملك البائع ولو كان تلفه فى يد المشتري مالم يضمن فإن ضمن ضمن كالمستام .

﴿و﴾ من أحكام شرط الخيار فى البيع ﴿أن﴾ الفوائد الحادثة ﴿فيه﴾ من أصلية وفرعية تكون مستحقة ﴿لمن استقر له الملك﴾ من بائع أو مشتر وأما لو شرطت لغير من استقر له الملك فسد البيع ولا يقال إن الإجارة تبطل الخيار من الجانبين إذ المراد أنه لو غصب البيع أو كان مؤجراً قبل البيع فالأجرة لمن استقر له الملك . وأما اللبن لو جرى العرف أن المشتري يستهلكه كما هو عرفنا فلا يبطل الخيار ولكنه يرجع بالعلف إذا رد ذات اللبن ﴿و﴾ يكون « قرار » ﴿المؤن﴾ كالعلف ونحوه « بعد قبض » المشتري للمبيع ﴿عليه﴾ أى على من استقر له الملك من بائع أو مشتر فيرجع المنفق عليه إذا نوى الرجوع أو أنفق بإذن الحاكم ولو كان المنفق غير المتبايعين ، وأما قبل قبض المشتري له فعل البائع مطلقاً ولا يرجع بما أنفق ونحوه ولذا قلنا « بعد قبض » وكذا الحكم فى خيار الرؤية والعيب .

﴿و﴾ من أحكام شرط الخيار ﴿أنه﴾ قد ﴿ينتقل﴾ الخيار عمن يستحقه إلى إلى غيره نيابة لا إرتناً لأسباب ثلاثة :

﴿الاول﴾ ﴿إلى وارث من﴾ ارتد فى مدة الخيار و ﴿لحق﴾ بدار الحرب فإذا فسخته الوارث انفسخ وإذا أمضاه مضى ويكون ذلك بالنيابة عن المرتد فلو مات بطل الخيار واستقر لهم الملك . أما لو مات الوارث فلا يبطل خيار المرتد لو رجع قبل انقضاء المدة لأن الوارث إنما كان نائباً عنه لا وارثاً .

﴿ و ﴾ ﴿ السبب الثاني ﴾ أنه ينتقل أيضاً إلى ﴿ ولى ﴾ مال ﴿ من جن ﴾ في مدة الخيار وله الخيار فإن أفاق ولو بعد مضي مدة الخيار فهو على خياره ما لم يكن قد أمضى وليه أو فسخ وإلا فهو على خياره وله أن يفسخ بعد مضي المدة في المجلس إذا أفاق ما لم يعرض عنه فإن أعرض بطل إلا أن يجهل ثبوت الخيار له فله الفسخ فوراً متى علم فلو مات ولى من جن فلا يبطل خياره لأنه له بالإصالة والولى بالنيابة وكذا الحكم في خيار الرؤية والميب .

﴿ و ﴾ ﴿ السبب الثالث ﴾ أنه ينتقل الخيار إلى ﴿ صبي ﴾ اشترى له وليه شيئاً بخيار ثم بلغ الصبي في مدة الخيار ، وإنما ينتقل إليه إذا لم يكن الولي قد أمضى أو فسخ أو مات أو لحق بدار الحرب وكذلك ينتقل إلى مجنون أفاق في مدة الخيار حيث اشترى له وليه شيئاً بخيار .

﴿ و ﴾ ﴿ من أحكام شرط الخيار ﴾ أنه ﴿ يلفو في النكاح والطلاق والوقف والعقاق ﴾ وكذلك الإقالة والمهبة على غير عوض والنذر والصدقة والإبراء والوصية والكفالة وسائر عقود التبرعات يلفو الشرط فيها بمعنى أنه لو شرط الخيار في أى هذه كان لنفاذ وصح من دونه لأنه في غير معاوضة فأما لو كان في معاوضة كالبيع والإجارة والكتابة والمهبة بموضع ونحو ذلك فلا يلفو بل يدخلها الخيار كما مر وبأى .

﴿ و ﴾ ﴿ من أحكام شروط الخيار ﴾ أنه ﴿ يبطل الصرف والسلم ﴾ وسائر الزويات فإذا دخل في أيها أبطله ﴿ إن لم يبطل ﴾ الخيار ﴿ في المجلس ﴾ المراد قبل التفرق لأنها مبنية على الانبرام والقبض والخيار ينافيهما فأما إذا بطل الخيار قبل التفرق صح العقد . ﴿ و ﴾ تبطل ﴿ الشفعة ﴾ أيضاً بشرط الخيار حيث شرطه الشفيع ولو أبطله في المجلس لأن شرط الخيار كالرجوع عنها .

﴿ مسألة ﴾ إذ ثبت خيار الشرط للمشتري ثم أبرأه البائع من الثمن أو من بعضه ثم فسخ المشتري المبيع بالخيار لزم البائع تسليم ما أبرأه فيه ولو جميع الثمن لأن الإبراء

بمنزلة القبض كما ذكر في المهر إذا أبرأته منه الزوجة ثم طلقها زوجها قبل الدخول ومن ذلك الأجير إذا أبرأه المستأجر من العمل الذي استأجره عليه استحق الأجير الأجرة لأن الإبراء بمنزلة القبض .

(فصل)

(٢١١)

في خيار العيب وشروطه وأحكامه

﴿ و ﴾ ﴿ اعلم ﴾ أن ﴿ ما ﴾ يرد به المبيع من العيب هو ما جمع شروطا ثلاثة : ﴿ الأول ﴾ أن يكون العيب قد ﴿ ثبت ﴾ قبل البيع ﴿ أو حدث في المبيع ﴾ بعده من غير المشتري ﴿ قبل القبض ﴾ للمبيع أو بعده في مدة خيارها أو خيار البائع فهما كان كذلك صح رد العيب . فلو حدث من المشتري ولو قبل قبضه أو معه بعده ولم يكن حادثا قبل العقد ولا قبل القبض لم يصح الرد به .

﴿ مسألة ﴾ وإذا كان في المبيع دعوى من الغير أنه أو بمضه له فهي عيب فيه سواء كانت الدعوى قبل تسليمه إلى المشتري أو بعده فيرده بها ولو سكت المدعي من دعواه ما لم يسقطها أو يرى منها أو يقر بطلانها وهذا كله ما لم يعرف أن الدعوى وقعت بعناية المشتري حيلة في الرد نحو أن يأمر من يدعيه وكذا لو انكشف في المبيع حقا للغير كروور ماء ، أو استطراق أو نحو ذلك فإن ذلك يكون عيبا له الرد به كما لو كان فيه دعوى إذا كان عادة الظلمة سكنى الدار المبيعة كان ذلك عيبا .

﴿ و ﴾ ﴿ الثاني ﴾ أن لا يكون العيب قد زال عن المبيع بل ﴿ بقى ﴾ فيه مع المشتري ﴿ أو ﴾ كان قد زال عنه القبض لكنه ﴿ جاد مع المشتري ﴾ فأما لو قبضه وذلك العيب زائل ولم يعد مع المشتري لم يكن له رده به حتى يعود لاحتمال أن يستمر زواله وإذا استعمله المشتري في مدة انقطاع العيب بعد علمه بالعيب وقبل عوده معه لم يكن ذلك رضاء منه بالعيب لأنه لا يمكنه الفسخ حتى يعود عنده .

(و) (الثالث) أن يكون قد (شهد عدلان) أو رجل وامرأتان أو عدلة فيما يتعلق بمورات النساء تصف ذلك للعدلين وهما يشهدان عند الحاكم أنه عيب ينقص القيمة أو يثبت عيب المبيع بشهادة رجل ويعين الدعي أو يعلم الحاكم أو بإقرار البائع أو نكوله أو برده اليمين. وقوله (ذو خبرة فيه) أى أنه لا بد أن يكون الشاهدان من ذوي الخبرة في ذلك المبيع كالحديد والحديد والحمارين في الحمار أو من له خبرة وإن لم يكن من أهل الملاج في ذلك الشيء ولا بد أن تكون الشهادة بلفظها لبيان ما هو العيب ويرجع إلى نظر الحاكم في تعرف حاله هل ينقص القيمة أو لا، فلو شهد شاهدان أنه عيب فقط وشهد آخرون أنه ينقص القيمة فلا يكفي لأنها مركبة ولأنهما لم يبيننا ما هو العيب فلو بينا صحت الشهادة في هذه المسئلة ولو مركبة لأن الشاهدين الآخرين كالمرفين لحالة العيب .

(مسئلة) والعيب هو كل وصف مذموم تنقص به قيمة ما اتصف به عن قيمة جنسه السليم بالنظر إلى غرض المشتري السليم سواء كان لنقصان عين كالعور أو لزيادة كالاصبع الزائدة والثؤلول وهو الناقص الصلب في الجسد كالحنازير أو كان حالا كالبحر وإلا باق، ولا بد أن يكون اعتبار نقصان القيمة بالنظر إلى غرض المشتري وإن لم ينقص بالنظر إلى قصد غيره كالبقرة الحامل حيث قصد اللحم فهذا ينقص القيمة بالنظر إلى غرضه ويزيد بالنظر إلى غرض غيره .

وإذا ثبت العيب بالشروط الثلاثة التي تقدمت (رد به ما هو على حاله) لم يتغير مع المشتري بزيادة ولا نقصان، فإن كان قد تغير فستأني أحكام ذلك فإن تراضيا ببقائه والارش جاز لأنه في مقابل جزء ناقص من المبيع لا في مقابل ترك الفسخ .

ولا يجب رد الميب إلى موضع العقد بل يرد (حيث وجد المالك) فلو طلب البائع رده إلى موضع العقد لم يلزم المشتري إلا بشرط أو عرف فيلزم، وكذا الردود

بختيار الرؤية والشرط وغيرهما ، ويلزم البائع قبوله إلا أن يخشى عليه من ظالم فلا يلزمه قبوله .

وإذا رد المشتري المبيع بعيب فإنه ﴿ لا ﴾ يثبت له أن ﴿ يرجع ﴾ على البائع ﴿ بما أنفق ﴾ على البيع أو غرم لثبوت حمله أو نحو ذلك ولو كان الرد بالحكم ولو كان الإنفاق ببدل الفسخ وقبل الرد لأنه قد كان في ملكه إلا أن يأمر الحاكم بالإتفاق لفنية البائع أو تمرده عن الحضور للتخلية فيرجع حينئذ ، وإذا لم يكن الإتفاق بأمر الحاكم فليس له الرجوع ﴿ ولو علم البائع ﴾ بالميب وقت العقد ولم يخبر به المشتري فليس للمشتري الرجوع بما أنفق .

﴿ تنبيه ﴾ ومن العيوب ما يكون مختصاً بها المشتري نحو أن يشتري نعلاً أو خاتماً ليلبسه فيجده صغيراً أو كبيراً على رجله أو يده أو غير ذلك مما يكون مخالفاً لفرض المشتري والقول قوله مع يمينه وكذا لو اشترى البهيمة للحمل والركوب فخلها عيب يمنع من المقصود . « والضابط في الميب » هو أن كل عيب تنقص به القيمة ولو بالنظر إلى غرض المشتري فقط فإنه يرد به المبيع .

(فصل)

﴿ ٢١٢ ﴾

في بيان ما يبطل به رد الميب ولا يستحق المشتري الرجوع بالأرض .
واعلم أن المشتري ﴿ لا ﴾ يستحق ﴿ رد ﴾ الميب بالميب ﴿ ولا ﴾ يستحق ﴿ أرض ﴾ ذلك الميب ﴿ أن ﴾ اتفق أحد « ثمانية أمور »

﴿ الأول ﴾ حيث ﴿ تقدم العلم ﴾ قبل العقد بأن ذلك عيب ينقص القيمة وسواء شرط رد الميب أم لا فإنه يبطل الرد وكذا لو علم بعد العقد قبل القبض أو حاله ولو جهل كونه عيباً يفسخ به فإنه يبطل الرد أيضاً ﴿ و ﴾ كذا ﴿ لو ﴾ كان المشتري

قد ﴿أخبر بزوال ما يتكرر﴾ من الميوب قبل العقد كالصرع وحى الربيع^(١) وكبو الدابة ونحو ذلك فإنه يبطل الرد، والوجه فيه أن معرفة تكراره كمعرفة استمراره فإن لم يعرف أنه يتكرر لم يبطل خياره والقول قوله أنه غير عارف بأن العيب يتكرر إلا أن يكون ظاهراً عند الناس فلا يكون القول قوله .

﴿فرع﴾ وأما لو كان مما لا يعود بعد زواله كالجدري إذا حدث عند المشتري فليس بعيب يرد به المبيع إلا أن يصف البائع للمشتري أنه قد أتاه رده بخيار فقد الصفه .

﴿والثاني﴾ قوله ﴿أو﴾ كان المشتري قد اطلع على العيب و ﴿رضى﴾ بذلك المبيع بقول أو فعل كأن يتصرف فيه بعد العلم بذلك ولو جهل كون التصرف مبطلاً فإنه يبطل الرد .

﴿و﴾ كذا ﴿لو﴾ وجد بعضه معيباً فرضى ﴿بالصحيح منه﴾ دون الميب بطل خياره في الكل ولزمه جميع المبيع ولا أرش للمعيب ولو كان البائع شخصين وسواء تقدم الرضاء على فسخ البعض أم تأخر فلو رد الميب ولم يذكر الصحيح كان فسخاً ورداً للجهميع .

﴿الثالث﴾ قوله ﴿أو﴾ اطلع المشتري على العيب و ﴿طلب الإقالة﴾ بعد العلم بالمعيب فإنه يكون في حكم الرضى، فأما لو طلب الإقالة قبل العلم بالمعيب لم يكن رضى. فإذا ادعى أنه جهل حكم طلب الإقالة في كونه بعد العلم رضاء لم تسمع دعواه ويبطل خياره ظاهراً وباطناً .

﴿فسرع﴾ وطلب الإقالة تقرير للمبيع عن الفسخ بخيار العيب فيبطل بها خيار الميب وكذا سائر الخيارات .

(١) حى الربيع هو أن تأخذ يوماً وتدع يومين ثم تحيى في اليوم الرابع. وربعت عليه الحمى:

جاءته ربعا ١٥ .

﴿مسئلة﴾ لو استقال البائع في شيء ثم وجد فيه عيبا حدث مع المشتري فله رده سواء جعلنا الإقالة يما أم فسخا ، والواجب في الفسخ رد المبيع كما قبض .

﴿الرابع﴾ قوله ﴿أو﴾ اطلع على العيب ثم ﴿عالجه﴾ أو أمر بمعالجته ليزول بدواء أو غيره بطل الخيار ولو لم يمثل المأمور لأن ذلك في حكم الرضى إلا أن يعالجه بإذن مالكة صح الرد ولا يرجع بالقرامة فلو خشي هلاكة فالقياس أن يفسخه في وجه الحاكم أو من صلح كما يأتي في قوله «أو خشية الفساد» أثناء فضل ٢١٤ .

﴿فرع﴾ فلو اطلع على عيب غير الذي أصلحه كان له الرد به ولو كان من جنس الأول .

﴿فرع﴾ فلو مرض عند المشتري فدأواه ليرده بعيبه الذي هو غير المرض الحادث عنده لم يكن رضى وكان له الرد . أما لو أراد البائع أن يعالج المبيع في يد المشتري فليس له ذلك ، وللمشتري منعه لأن له حقا في رده وله أن يعالجه قبل التسليم .

﴿والخامس﴾ قوله ﴿أو﴾ قبض المشتري المبيع جاهلا للعيب ثم انكشف أن فيه عيبا ثم ﴿زال﴾ ولم يعد ذلك العيب ﴿معه﴾ فإنه يبطل خياره .

﴿والسادس﴾ قوله أو قبض المشتري المبيع أو طلب الإقالة أو عالج كما مر ﴿أو تصرف﴾ به أو استعمل ﴿بعد العلم﴾ بالعيب ﴿أي تصرف﴾ أو أى استعمال فإنه يبطل خياره ولا أرش لأن ذلك جار مجرى الرضى ولو كان جاهلا لثبوت الخيار أو أن ذلك يبطل خياره نحو أن يستخدم كثيرا أو يأمر العبد ببيع أو شراء أو يعرض المبيع للبيع لا لمعرفة قيمته مع العيب أو يركب الدابة لا لملف أو سبق أو ارجاع مع حضور البائع أو بلبس الثوب ولو كان رادآ له ^(١) حال لبسه وكذا لو سكن أو زرع أو طلب الشفعة به أو أكل أو طبخ أو خبز أو أخرجه عن ملكه ببيع أو هبة

(١) لعدم ثبوت العادة في رد الثوب لا بساله بخلاف الدابة فالعادة ناجية بردها را كبا عليها اه

أو نحوهما فإنه يكون رضاء إلا أن يكون ذلك بإذن البائع ، وكذا لو حلب البقرة بعد علمه بالميب إما لنفسه أو لدفع الضرر عنها مع حضور البائع ، أو حلبها غير قاصد لنفسه ولا لدفع الضرر عنها كان رضى ، لا لو حلبها للبائع مع غيبته فلا يكون رضاء . أما لو حلب البقرة قبل العلم ثم انتفع باللبن بعد العلم ، فإن كان موجوداً حال العقد كان رضى وإن لم يكن مما شمله العقد لم يكن رضاء ، فلو كان مما شمله العقد وقد جرى العرف بأن حلبه لا يكون رضى وأن المشتري يستهلك اللبن فإنه لا يكون رضاء . وقوله ﴿ غالباً ﴾ احتراز من صور ثلاث ، فإن التصرف فيها بعد العلم لا يكون رضى .

﴿ الأولى ﴾ أن يستخدم العبد شيئاً يسيراً يتسامح بمثله في المأذنة أى يفعله الناس في ملك غيرهم من دون إنكار فإن ذلك لا يكون رضاء .

﴿ الثانية ﴾ أن يعرضه للبيع ليعرف الغلاء والرخص فإن ذلك لا يكون رضاء ، وكذا لو حلب البقرة ليعرف قدر اللبن ؛ والقول قول المشتري فيما أراد مع يمينه إذ لا يعرف إلا من جهته .

﴿ والثالثة ﴾ أن يركب الدابة ليملفها أو ليسقيها أو ليردها إلى البائع فإنه لا يكون رضاء إذا كان البائع غائباً وقتاً يضرربه الحيوان ، ولا عبرة بوجود الحاكم . وأما إذا كان حاضراً فيكون رضاء ، وكذا لو ركبها لحاجته وحاجة الدابة أو أجزأها بملفها كان رضاء لأن علفها عليه .

﴿ والأمر السابع ﴾ قوله ﴿ أو تبرأ البائع من جنس ﴾ من الميوب ﴿ عينه ﴾ أو أجناس معينة نحو بمتك هذه الأرض وأنا برىء من الصخرات أو الأشجار والحفر التى فيها أو نحو ذلك صح ذلك ، وإن لم يذكر قدر ذلك الجنس فيبرأ منه وما من جنسه وإن كثر لعله الجهالة حيث كان ذلك الميب الذى تبرأ منه موجوداً

أو مقدراً حصوله كالشيء الكامن لا معدوماً ، فلا يصح التسبرؤ منه والمشتري على خياره . ولا يدخل في الوجود ما حدث من جنسه من بعد الشرط ولا ما انكشف من غيره . ﴿ أو ﴾ تبرأ من ﴿ قدر ﴾ معلوم ﴿ منه وطابق ﴾ أى انكشف القدر الذى تبرأ منه من غير زيادة نحو بعتك هذه الأرض وأنا برىء من ثلاث صخرات فيها أو نحو ذلك فإنه يبرأ ويبطل بذلك خيار المشتري ، وكذا لو نقص أو لم يوجد شيء ، ويمتد العرف فيما يسمى صخرة ، فلو انكشف زائداً عما تبرأ منه وكان الزائد على انفراده ينقص القيمة فله رده به وإلا فلا .

﴿ فرع ﴾ فأما لو تبرأ البائع من كل عيب في البيع كأن يقول بعتك هذه الدار أو الفرس وأنا برىء من كل عيب فيها أو خراب أو لا تصلح للسكنى أو الركوب أو نحو ذلك صح العقد ولنفي الشرط وثبت للمشتري خيار رد الميب ، وكذا لو أبرأه المشتري من كل عيب فإنه لا يبرأ .

﴿ لا ﴾ لو تبرأ البائع ﴿ مما حدث ﴾ في المبيع من بعد العقد ﴿ قبل القبض ﴾ نحو بعت منك هذا والتزمت لك بما حدث فيه من العيب ﴿ فيفسد ﴾ العقد إذا كان التسبرؤ شرطاً مقارناً للعقد ، وكذلك لو عين جنس الميب أو قدره لأنه تبرأ حال العقد بما سيحدث قبل القبض فرفع موجهه . أما لو تبرأ بعد العقد صح العقد ولنفي الشرط وثبت الخيار للمشتري .

﴿ والثامن ﴾ مما يكون رضاء لو اطلع المشتري على العيب وطلب الأرض من البائع كان ذلك رضاء لأنه تقرير له في ملكه فيبطل الرد والأرض .

﴿ فصل ﴾

﴿ ٢١٣ ﴾

في بيان الوجوه التي يبطل بها الرد ويستحق المشتري الأرض ، وقد أوضحها الإمام عليه السلام بقوله : ﴿ ويستحق ﴾ المشتري ﴿ الأرض ﴾ ما لم يقتض الربا

﴿ لا الرد ﴾ فلا يستحقه ﴿ إلا بالرضاء ﴾ يعنى إلا أن يرضى هو بالرد مع رضا البائع بالقبض . وإنما يستحق الأرض بأحد « أربعة وجوه » :

﴿ الأول ﴾ ﴿ بتلفه ﴾ أى بتلف المبيع ﴿ أو بمضه فى يده ﴾ أى فى يد المشتري أو يد غيره بإذنه ، فإذا تلف المبيع أو بمضه مما لا يتسامح به ولو حكما كالطحن لم يكن له فسخه بالميب لكن له المطالبة بالأرض ، وذلك كمن اشترى طعاماً فأكله أو أكل بمضه قبل العلم بالميب ولو أ تلف الباقي بعد العلم لتعذر الرد بعد تلف البض إلا أن يكون الرد بالتراضى وفيما تلف جميعه تعتبر قيمته يوم التلف ﴿ ولو ﴾ تلف المبيع ﴿ بعد امتناع البائع من القبض ﴾ للمبيع بعد الفسخ بالميب ﴿ أو ﴾ عن ﴿ القبول ﴾ للفسخ ﴿ مع ﴾ وقوع ﴿ التخلية ﴾ بين المبيع وبينه ، أو بعد القبول ولم تحصل تخلية صحيحة فإنه يتلف من مال المشتري ويرجع على البائع بالأرض فقط لأنه قد ملكه فلا يبطل هذا الملك بعد استقراره ولا يخرج من ملكه ويدخل فى ملك البائع إلا باختيار البائع أو حكم الحاكم مع التخلية .

قال فى حاشية السحولى : « وما تلف بعد التفاسخ قبل القبض أو التخلية تلف من مال المشتري ، وسواء فى الإقالة وغيرها ، وسواء كان الفسخ من أصله أو من حينه ويستحق الأرض من البائع » ، فأما لو قال المشتري قد رددت عليك ، فقال البائع قبلت وحصلت التخلية ثم تلف فيتلف من مال البائع والقبض أيضاً من البائع بمنزلة القبول وكذا لو حكم الحاكم بالفسخ وحصلت التخلية ولو بدون أمر الحاكم كان تلفه من مال البائع

﴿ والوجه الثانى ﴾ هو أن المشتري يستحق أرض الميب لا الرد ﴿ بخروجه أو بمضه عن ملكه ﴾ بأى وجه من بيع أو هبة أو نذر أو عتق أو شفعة ﴿ قبل العلم ﴾ بالميب ﴿ ولو ﴾ خرج ﴿ بموض ﴾ فإنه يستحق الأرض ، فلو اشترى ثوبين معينين ثم باع أحدهما قبل العلم بميبه رجع على البائع بأرض الثوبين معاً ، ولو تصرف

في الثوب الآخر بعد العلم بالمعيب ، وكذا لو خرج عن ملكه لا باختياره ولو بعد العلم بالمعيب وذلك كالحكم بالشفعة فإنه يستحق الأرض . فلو خرج المبيع عن ملكه منفعة لا عيناً ، وذلك كأن يؤجر الدار قبل العلم فلا يبطل الرد .

وإنما يبطل الرد ببيع المعيب ﴿ ما لم يرد عليه ﴾ المعيب ﴿ بحكم ﴾ حاكم فإن رده المشتري الثاني بالحكم كان ذلك ابطالا لأصل العقد فكأنه لم يكن ، وحينئذ يصح للبائع الثاني رده على البائع الأول ، وهذا ما لم يكن قد ادعى البائع الثاني أن المشتري الآخر قد علم بالمعيب ورضيه فإن كان قد ادعى ذلك فليس له الرد إلا أن يدعى أن المشتري الثاني أقر بالمعيب ولم يعلمه المدعى فإنه يثبت له الرد على البائع الأول لورده إليه بالحكم ، وأما لورده على البائع الثاني بالتراضي لم يكن للثاني رده على الأول ولو بإذن البائع الأول ، لأن ذلك بمنزلة عقد جديد بخلاف الرد بالحكم فإنه ابطال للعقد فيصح له الرد ، وكذا لو رد عليه بالحكم في خيار الرؤية والشرط وققد الصفة ، وكذا بالفساد المجمع عليه قبل القبض فإنه يصح له الرد على البائع الأول .

﴿ فرع ﴾ فلو رد المعيب المشتري الآخر بالحكم وقد كان البائع الثاني قبض أرض المعيب من البائع الأول وجب حينئذ رد الأرض وخير البائع الثاني في المبيع بين إمساكه أو رده وأخذ الثمن ، وليس له أن يمسك المبيع والأرض إلا أن يرضى البائع بذلك جاز إذ الأرض هنا عوض نقص لا عوض حق . وحاصل ذلك أنه مهما ثبت الأرض بطل الرد ومهما ثبت الرد بطل الأرض .

﴿ الوجه الثالث ﴾ هو أن المشتري يستحق أرض المعيب لا الرد ﴿ بتعييه معه ﴾ يعني بتعييب المبيع مع المشتري بميب حادث عنده ينقص القيمة بدون المعيب القديم فإذا تعيب معه امتنع رده على البائع بالمعيب القديم ولو كان المعيب الحادث من جنس القديم ويستحق من البائع أرض القديم لامتناع الرد بسبب المعيب الحادث مع

المشتري ولكن لا يمنع الرد إلا إذا حدث بعد قبضه من البائع أو بفعل المشتري ولو قبل القبض ، وإذا امتنع الرد بالعيب لم يكن للمشتري الأرش القديم إلا أن يتراضيا على الرد مع أرش العيب الحادث من المشتري أو بدون أرش فيجوز ، فلو طلب البائع أن يأخذ المبيع من دون أرش وامتنع المشتري من أخذه إلا مع الأرش كان المشتري أولى ، فيستحق الأرش لأنه هو اللازم عند التشاجر كما لو طلباه معا من غير أرش فالمشتري أولى به أيضا .

﴿واعلم﴾ أنه إذا تعيب عند المشتري فلا يمتنع الرد ويجب الأرش إلا بشروط ثلاثة :

﴿الأول﴾ أن يكون تعيب عنده ﴿بجناية﴾ منه أو من غيره ليخرج ما لو تعيب معه بغير جناية وسيأتي حكم ذلك .

﴿والثاني﴾ أن تكون تلك الجناية مما ﴿يعرف بدونها﴾ أي بدون الجناية كتقطيع الثوب أو نحو ذلك، فإذا تعيب مع المشتري امتنع الرد .

﴿والثالث﴾ أن تكون تلك الجناية صادرة ﴿ممن تضمن جنايته﴾ ليخرج ما لو صدرت ممن لا تضمن جنايته كما سيأتي . فتى اجتمعت هذه الشروط الثلاثة امتنع رد المعيب ووجب الأرش للمشتري ولو وقعت الجناية بفعل البائع في يد المشتري فإنه يمتنع الرد وإذا جنى عليه المشتري أو الغير فإنه يبطل الرد ويتمين على البائع أرش القديم إلا أن يتراضيا على الرد مع أرش الحديث أو بدون أرش جاز .

قال الإمام ﴿وفي عكسها﴾ بمعنى تقيض هذه الشروط الثلاثة يخير المشتري بين أخذه وأرش القديم أو يردده ويلزمه للبائع أرش الحديث .

﴿فتقيض الشرط الأول﴾ أن يكون العيب الحادث مع المشتري لا بجناية محو أن يكون من أثر استعمال، مثل أن يلبس الثوب من دون قطع حتى يتعيب ثم يطلع على

عيبه القديم، وكذلك زرع الأرض بحرت لا يزيد^(١) القيمة ثم اطلع على العيب، وسواء كان العيب مما يمكن الاطلاع عليه بذلك الاستعمال أم يمكن بدونه، إذ المقصود من الثياب اللبس ومن الأرض الزرع ولم تجر المادة بترك ذلك حتى يعرف هل فيه عيب أم لا فلهذا لا يمتنع الرد، وكذا لو تعيب بفعل المشتري بإذن البائع فإنه لا يمتنع الرد ولا يلزم له أرش.

﴿ونقيض الشرط الثاني﴾ أن تكون الجناية لا يعرف العيب القديم إلا بها ككسر البيض والرمان والجوز واللوز وذبح الحيوان الحامل فبمثل هذه الجناية لا يمتنع الرد لأن العيب لا يعرف إلا بها .

﴿وعكس الشرط الثالث﴾ أن تكون الجناية صادرة ممن لا تضمن جنائته كالحيوان غير المقور والسبع، ونحو أن تكون بأفة سماوية أو بمرض أو هزال بدون تقصير في الملف وكذا لو كانت بفعل .

﴿واعلم﴾ أنه إذا اتفق نقيض أحد هذه الشروط الثلاثة فإنه لا يمنع الرد بل ﴿بخير﴾ المشتري لا البائع ﴿بين أخذه﴾ أى أخذ المبيع ﴿و﴾ يلزم له على البائع ﴿أرش﴾ العيب ﴿القديم﴾ الذى كان من عند البائع ﴿أو رده﴾ أى رد المبيع ﴿و﴾ يسلم معه البائع ﴿أرش﴾ العيب ﴿الحديث﴾ أى الحادث عنده فيخير المشتري بين هذين الأمرين .

﴿فرع﴾ وحيث يطلبان الأرض مما أو يسقطان الأرض مما أو يسقطه أحدهما فالمشتري أولى به في جميع الصور .

﴿مسئلة﴾ كل أرش يأخذه المشتري من البائع فهو ما بين القيمتين منسوبا من الثمن . وبيان ذلك إذا أريد معرفة الأرض القديم هو أن يقوم المبيع صحيحا بين الميعين ومعيبا ويرجع بقدر نقصان القيمة من الثمن . فلو قوم المبيع صحيحا في الميعين يستين

(١) أما إذا زادت به القيمة فسيأتى أن الزيادة تمنع الرد اه .

ديناراً ومعيها بالعيب القديم بأربعين وثمانه ثلاثون فإنه ينقص من الثمن الذي هو ثلاثون قدر الثلث منه وذلك عشرة دنانير وعلى هذا فقس ، وتعتبر قيمته إن كان العيب متقدماً على العقد يوم العقد لأنه وقت الاستحقاق، وإن كان متأخراً عن العقد متقدماً على القبض فقيمه يوم القبض ، وأيضاً كل أرض يأخذها البائع من المشتري فهو ما بين القيمتين غير منسوب فإذا أريد معرفة أرض الحديث فيقوم البائع مع العيب الحديث ومع عدمه فما بينهما فهو الأرض وذلك ظاهر .

﴿مسئلة﴾ فلو كان المبيع لقيمة له بعد كسره كالجوز الفاسد إذا كان لكسوره قيمة وكذا الرمان إذا كان لقشوره قيمة فإن أرض القديم فيه هو ما بين القيمتين صحيحاً ومعيها قبل الكسر منسوباً من الثمن كما تقدم، فلو كان لقيمة له مع العيب لا قبل كسره ولا بعده كالبيض الفاسد ونحوه فيلزم أن يرجع المشتري بالثمن كله لأن البيع غير صحيح ولو شراء علماً بالعيب لبطلان البيع فلا يطيب الثمن للبائع لأنه في مقابل عرض باطل فتبطل إباحته .

﴿فائدة﴾ لو اشترى شاة فسلخها ثم وجد لحمها معيباً فله أن يرد اللحم والأرض وهو ما بين قيمتها حية معيبة وقيمتها مسلوخة معيبة .

﴿نم﴾ ويخير المشتري في رد البيع مع أرض الحديث وإمساكه مع أرض القديم على حسب ما تقدم ﴿إلا﴾ أن يكون العيب الحادث عند المشتري تولد ﴿من سبب﴾ ذلك السبب وجد ﴿قبل القبض فلا شيء﴾ على المشتري بل إن شاء رد المبيع من دون أرض عليه للعيب الحديث وإن شاء أخذ المبيع وليس له أرض القديم. وذلك كأن يشتري جارية حاملاً فينكشف فيها عيب ثم ولدت عنده فحدث بولادتها عيب فهذا العيب متولد عن سبب كان مع البائع وهو الوطء فيخير إن شاء ردها ولا أرض عليه للعيب الحادث عنده بالولادة وإن شاء أمسكها ولا أرض له أيضاً للعيب القديم لأنه لا يثبت له ذلك إلا إذا تميب المبيع معه لا عن سبب من عند البائع قبل القبض، أما إذا كان من سبب

واختار إمساك المبيع فليس له أرض ، فلو باع المشتري الجارية وبطل الرد بأى وجه فإن
المشتري الثانى أن يرجع بأرش الميب القديم والحديث ، وكذا للمشتري الأول ، وكذا
لو اشترى عبداً قد استحق القطع لسرقه أو لجنايته قبل القبض فقطعت يده عند المشتري
فإنه لا أرض عليه للقطع ولا يبطل به الرد ما لم يمت فإن مات وجب الأرض فقط لأن
الموت زيادة على الميب .

﴿ فإن زال أحدهما ﴾ أى أحد العيين وهما القديم أو الحديث عند المشتري لا عن
سبب من البائع « فإن زال القديم فلا أرض على البائع فلو زال بعد أن تسلم الأرض
فلا يلزم المشتري رد ما تسلم من الأرض لأنه قد طاب للمشتري وملكه عند أخذه
بحق فلا يلزم رده إذا زال سببه وكذا لو لزم المشتري عند الرد أرض الحديث ثم زال
بعد أن سلم الأرض فلا يلزم البائع رده لأنه قد طاب له ذلك . « وإن زال الحديث »
ثبت للمشتري الرد ولا أرض عليه لما حدث عنده ثم زال ولو لم يكن عن سبب من
عند البائع .

﴿ فإن التبس أيهما ﴾ زال هل القديم أم الحديث واختلف البيعان . فقال البائع إنما
زال القديم فلا خيار لك ، وقال المشتري إنما زال الحديث فلى الخيار ولا بينة لأحدهما
فإن حلفاً مما أو تكلا مما أو تصادقا على اللبس بطل الرد و ﴿ تبين الأرض ﴾ للمشتري
ولو قال البائع يأخذه من دون أرض فالحق للمشتري فى الأقل من أرض العيين لأن
الأصل براءة الدمة من الزائد . وقوله ﴿ وَوَطْؤُهُ ﴾ أى وطؤ المبيع حيث كان جارية
فوطئها المشتري قبل العلم بالميب ﴿ ونحوه ﴾ أى نحو الوطء وهو ما كان لشهوة من
تقبيل أو لمس أو نظر هو ﴿ جنابة ﴾ من المشتري ولو كان ذلك بإذن البائع فيبطل
الرد ويستحق المشتري الأرض ، وسواء علقت من الوطء أم لم تعلق ، وسواء كانت بكراً
أم ثيباً . وأما إذا وطئها غير المشتري فإن كانت بكراً امتنع الرذاضية أم مكرهة ، لأنها

جناية ممن تضمن جنايته فإن كانت ثيبا فلا يمتنع الرد إلا إذا علفت أو نقصت قيمتها بعد أن حدث الوطء .

﴿ و ﴾ ﴿ الوجه الرابع ﴾ ما يستحق به المشتري الأرض ويبطل رد المبيع ﴿ بزيادته ﴾ إذا حدثت معه أى مع المشتري ولو فى يد البائع بعد أن قبضه المشتري ثم أبقاه فى يد البائع ولكن لا يمتنع الرد إلا بشرطين :

﴿ الأول ﴾ أن تكون الزيادة من ﴿ مالا ينفصل ﴾ كصيف الثوب وطحن الحنطة إن زادت القيمة بالطحن وإن نقصت فعيب يمنع الرد وكذا حرث الأرض حرثا يزيد القيمة وصقل السيف ولت البويق بعمل أو سمن أو سكر، وبالماء يكون نقصان صفة يمتنع الرد بها ويلزم الأرض .

﴿ الشرط الثانى ﴾ أن تكون الزيادة ﴿ بفعله ﴾ أى بفعل المشتري أو بفعل غيره بإذنه وإلا فلا يمتنع الرد مثل السمن والكبر فى الحيوان فإنهما لا يمنعان الرد لأنهما ليسا بفعله .

﴿ و ﴾ أما ﴿ فى النقص ﴾ فعلى المذهب عند الإمام عليه السلام ﴿ بخير ﴾ المشتري ﴿ بين أخذ الأرض ^(١) ﴾ مع إمساك المبيع ﴿ أو القلع ﴾ للزائد ﴿ والرد ﴾ للمبيع وهذا على خلاف القياس ﴿ والقياس ﴾ أنه إذا أمكن فصل الزائد بدون أن يتضرر المبيع بما ينقص القيمة أن المشتري يخير إما أن يمسك المبيع ولا أرض ^(٢) له أو يقلع الزائد ويرد المبيع ولا شئ عليه ﴿ فإن تضرر ﴾ المبيع حتى نقصت قيمته

(١) وقد استنكر السحول أخذ الأرض ، وقيل ان هذا إذا كانت الزيادة تضرر بالنقص لأن المشتري كالمغرور اه ..

(٢) هذا القول للفقهاء على وقد قرره المقي والشاى والوشل على حواشى البيان وحواشى الشرح ، واختار القاضي عبد الله العنسى أحد شارحي الأزهار وهو الذى ينطبق عليه الضابط المتقدم أنه مهما ثبت الرد بطل الأرض ومهما بطل الرد ثبت الأرض اه .

بفصل الزائد المتصل به مع جهلهما أو جهل المشتري أن الفصل يضره ﴿بطل الرد﴾ حينئذ لأن تضرره بما ينتقص قيمته كالعيب الحادث عند المشتري بجناية فيبطل الرد ﴿لا الأرش﴾ فيلزم البائع لا إذا رضى البائع بالرد مع تضرر المبيع بالفصل فلا يلزم الأرش وحينئذ ليس للمشتري إلا أن يرضى به بلا أرش أو يفصل الزائد ويرد المبيع فلو لم يفصل الزائد وقد ظننا أو ظن المشتري أن الفصل يضره بطل الرد لا الأرش، أما لو فصل مع حصول ذلك والظن بطل الرد والأرش لأنه تصرف. وهذا التفصيل إذا كان العيب والزيادة في المبيع.

أما لو كان المبيع والتمن قيمين وكان المبيع معيبا والتمن سليما وحصلت الزيادة فيه فحكمه كما بينه الإمام بقوله ﴿ولو كان الزائد بها ثمن الميب﴾ المراد فإن كانت الزيادة حادثة في ثمن الميب حال كون الثمن ﴿قيما سليما﴾ من العيب وكذا لو كان مثلها غير نقد وقد سمي أحدهما تقابلي ثمنا مجازاً مع أن القيميين عند التقابل يكونان ميمين مما، نعم فهما كان المبيع معيبا وكانت الزيادة في الثمن مع كونه سليما ﴿لم يبطل﴾ الرد للميب ولو تضرر الثمن بفصل الزيادة ولكن يلزم التراد بينهما قبل الفصل ﴿و﴾ إذا وقع التراد ﴿استحق﴾ واضع الزيادة ﴿قيمة الزيادة﴾ التي وضعت في السليم وتقوم قيمتها مصنوعة غير مركبة وتدفع في غير جنسها لثلا يكون ربي.

﴿مثال﴾ أن يشتري ثوبا^(١) سليما بمقحم معيب فيحلى السليم ثم يرد عليه ذلك الميب بالميب فإنه لا يبطل الرد ويجب على بائع السليم أن يدفع لواضع الحلية قيمتها مصنوعة غير مركبة كما تقدم ولو قدر أن السليم لا يتضرر بفصل الزيادة عنه ولو واضع الزيادة فصلها لو أراد فلو كان الثمن من النقد وقد خلاه لزم أن يسلم مثله.

وقوله ﴿كَلَوْ تضررت الزيادة وحدها فيهما﴾ أي في الصورتين مما وها حيث كانت الزيادة في الميب وحيث كانت في السليم فإنه لا يبطل الرد ولو قدر تضرر

(١) اسم لكل مخوف كالدملج ونحوه اهـ.

الزيادة بفصلها عما هي عليه ولكن يجب لمالكها قيمتها مهما لم يرض به متضرره
وتقوم قيمته التي على الميب مركبة لأنه ملجأ وقيمة التي على السليم غير مركبة كما تقدم
وحيث لم يتضرر ما هي عليه بفصلها يختار مالكها إيماناً بتركها وبأخذ قيمتها كما تقدم أو
يفصلها ولا أرش له لو تضررت .

﴿ والحاصل في مسألة القمام ﴾ إذا أراد إرجاع الميب وقد زيد فيه أو في ثمنه
السليم أنه لا يخلو إيماناً بكون التضرر في الميب أو في السليم أو في الزيادة؛ فإن كان
التضرر في الميب امتنع الرد واستحق الأرش، وإن كان في السليم لم يمتنع الرد ولزم
مشتري الميب قيمة الحلية، وإن كان التضرر في الزيادة في أيهما لم يمتنع الرد أيضاً
ولكن إن كانت لا تنفصل أخذ صاحبها عوضها وإن كانت قد تنفصل خير مالكها
بين أخذ قيمتها وفصلها والأرش له لو تضررت بفصلها وأما ما هي عليه فيرد سواء
تضرر أم لا، فلو كانا معيين لم يمتنع الرد أيضاً حيث لم يتضرر، وإن تضرر امتنع
الرد، فإن تضرر أحدهما دون الآخر فإن أراد الفسخ من لا يتضرر ما حلاه كان له
الفسخ والآخر كالملجأ وإن أراد الفسخ من يتضرر ما حلاه فقد امتنع الرد بعم التضرر
أو ظنه ويتراجعان في الأرش .

﴿ وأما ﴾ إلا كانت الزيادة ﴿ بفعل غيره ﴾ أي بفعل غير المشتري بدون إذنه
فالتصل كالسمن والكبر وكذا صباغة الثوب وحرث الأرض ونحو ذلك من
الناصب لا حكم لها ولا يبطل بها رد الميب ﴿ فيرده ﴾ زيادته من غير شيء له وإلا
يرضى به ولا شيء له لأنه لا يجب على البائع أن يقبض الزائد على ملكه ويسلم عوضه،
وأما إذا كانت تنفصل ولا يتضرر الميب بالفصل فإنه يفصلها ويرده وحده .

﴿ واعلم ﴾ أنه مهما ثبت رد الميب فإنه يرد ﴿ دون ﴾ الفوائد ﴿ الفرعية ﴾ وهي
ملا جرم لها من نفس المبيع كالكرء وكسب العبد ونحو ذلك ﴿ مطلقاً ﴾ سواء فسخ
بالحكم أم بالتراضي ﴿ وكذا ﴾ الفوائد ﴿ الأصلية ﴾ وهي مالها جرم من نفس المبيع

كالولد والتمر والصوف فإنها لا ترد مع الميب إذا لم يشملها العقد ﴿ إلا ﴾ أن يفسخ الميب ﴿ بحكم ﴾ فإنه يجب على المشتري رد الفوائد الأصلية مع المبيع لأنه فسخ للعقد من أصله فإذا تلفت ﴿ فيضمن ﴾ المشتري ﴿ تالفها ﴾ إذا تلفت بجناية منه أو تفریط .

﴿ ٢١٤ ﴾ (فصل)

في أحكام تتعلق بخيار العيب . ﴿ و ﴾ اعلم أنه من علم بعيب ماشرأه كان له ﴿ فسخه ﴾ متى شاء ولا يجب التعجيل لأنه ﴿ على التراخي ﴾ إلى أن يصدر منه رضاء أو مايجرى مجراه، وذلك كأن يحصل أحد الأمور الثمانية السابقة ^(١) التي يبطل بأحدها الرد والأرش أو أحد الأوجه الأربعة ^(٢) التي يبطل بأحدها الرد دون الأرش ﴿ و ﴾ من أحكام خيار العيب أنه ﴿ يورث ﴾ بمعنى أنه إذا مات من له خيار العيب انتقل الخيار إراثاً إلى الوراث فلو اختلفت الورثة في رده والرضى به كان لمن رضى منهم ويلزمه جميعاً وإن ردوه جميعاً فيلزم رده إلا إذا كان سيبتاع بأكثر من ثمنه وكان ماله مستغرقاً بالدين لم يكن للورثة رده .

﴿ و ﴾ من أحكام خيار العيب ﴿ بعد قبض المشتري للمبيع ان فسخه على أحد وجهين أما ﴿ بالتراضى ﴾ بين البيعين فلا بد من إيجاب وقبول أو مافى حكم القبول وهو قبض البائع للميب وإلا كان كالمعاطاة فيتلف من مال المشتري . ﴿ والوجه الثاني ﴾ قوله ﴿ وا ﴾ ن ﴿ لا ﴾ يكن ثم تراض ﴿ فبالحكم ﴾ إن تشاجرا ﴿ بعد القبض ﴾ ولا يفسخ مع التشاجر إلا بالحكم ﴿ ولو ﴾ كان العيب ﴿ مجمماً عليه ﴾ ، وكذا لو كان التشاجر قبل القبض وكان العيب غير مجمع عليه فإنه لا يفسخ إلا بالحكم أما لو كان قبل القبض وكان العيب مجمماً عليه فلا يحتاج إلى حكم ولا إلى تراض . والمجمع عليه من العيب هو ما اتفق عليه القومون أنه عيب ينقص قيمة المبيع ، وكذا

(١) بفضل (١١٢) . اهـ . (٢) بفضل (١١٣) . اهـ .

رد الثمن الميب إذا كان من التقدين أو كان مثلياً غير معين ، ثم وقع معيب فإنه يجب إبداله ولا يحتاج في رده إلى حكم ولا تراضٍ ، فإذا خلى بينه وبين المشتري صح الرد ، أما إذا كان قيمياً أو مثلياً معيناً فيعتبر فيه ما يعتبر في المبيع لأنه يكون ميباً .

﴿ فرع ﴾ وإذا وقع التفاسخ بالتراضى أو بالحكم فإن المبيع باق في ضمان المشتري حتى يقبضه البائع أو يخلى له وقبل ذلك يتلف من مال المشتري ويستحق الأرش على البائع كما مر ، وكذا لو فسخه في وجه الحاكم ولم يقبضه الحاكم ولا البائع . وإذا وجد المشتري عيباً وكان البائع غائباً فإن المشتري يرفع المبيع إلى الحاكم لينقض البيع و ﴿ هو ينوب عن ﴾ ذلك ﴿ الغائب و ﴾ عن ﴿ المتمرد في الفسخ ﴾ على المشتري و ﴿ ينوب عنه في ﴾ البيع ﴿ أيضاً ﴾ لتوفير الثمن ﴿ أى لدفع الثمن للمشتري إذا كان البائع قد قبض الثمن ولم يتمكن الحاكم من رده إلا بالمبيع لذلك الميب أو يبيع غيره من أملاكه على ما يرى . وهو ينوب أيضاً عن الصبي والمجنون فإن لم يكن البائع قد قبض الثمن فإن الحاكم ينقض البيع ويرد المبيع إلى من نصبه وكيلاً للغائب ﴿ أو ﴾ يبيعه ﴿ خشية الفساد ﴾ عليه إذا كان المبيع مما يخشى فساد كالحكم والخضراوات ويحفظ ثمنه للبائع ، وكذا لو خشى أن تلحقه غرامة ببقائه حيث كانت أكثر من ثمنه فإن الحاكم يبيعه ويحفظ الثمن . فإن لم يكن في الناحية حاكم وخشى تلفه أو فساد قبل وصول البائع فله أن يفسخه في وجه من صلح .

﴿ فرع ﴾ ويبيع الحاكم إن كان لدفع الثمن صح ، ولو كان البائع حاضراً حيث هو متمرد فإن كان غائباً لم يصح إلا إذا كانت غيبته مسافة قصر أو جهل موضعه أو لا ينال ، وإن كان المبيع لخشية الفساد فإن كان البائع حاضراً لم يصح وإن كان غائباً صح ووجب لأن الحاكم قد صار وليه في تلك الحال ولو كانت المسافة قريبة .

نعم ؛ ويجب رد الفوائد التي شملها العقد متصلة أو منفصلة كالصوف واللبن والولد إذا وقع الرد بالتراضى ، وكذا الفوائد المتصلة حال الرد ، فإن وقع الرد بالحكم فملى

ما أوضحه الإمام بقوله : ﴿ و ﴾ إذا حكم الحاكم بفسخ الميب بالميب فإن ﴿ فسخه ﴾ بإبطال لأصل العقد ﴿ فيصير العقد كأنه لم يقع ﴾ فترد معه ﴿ أى مع الميب فوائده ﴾ الأصلية ﴿ كالصوف والولد واللبن الحادث مع المشتري لا الفرعية كخلة الدار فتطيب للمشتري ﴾ ويبطل كل عقد ﴿ أو إنشاء ﴾ ترتب عليه ﴿ فلو باع داراً بمبد فرهن المبد أو أجره أو باعه أو وقفه ، ثم فسخت عليه الدار بميب بعد الحكم فإن الفسخ يبطل الإنشاءات المترتبة على العقد الأول لأنه قد بطل وصحتها مبنية عليه فينفسخ الرهن والبيع والإجارة والوقف ونحو ذلك إلا الشفعة فلا تبطل بعد الحكم بها ولو فسخ السبب بالميب ، وكذا الحوالة لا تبطل بعد قبضها لأنها قد صحت فيرجع على المحيل .

﴿ وكل عيب ﴾ علم به المشتري وقت البيع أو انكشف في البيع ﴿ لا قيمة للميب معه مطلقاً ﴾ أى في جميع الأحوال سواء جنى عليه مع العيب أم لم يجن عليه فإنه يقتضى أن يكون البيع باطلاً من أصله لأنه اشترى مالا قيمة له وإذا كان باطلاً ﴿ أوجب رد جميع الثمن ﴾ ، مثال ذلك أن يشتري فرساً قد عقرها كلب كلب^(١) قبل قبضها فإنه إذا لم يكن لها قيمة مع ذلك رجع بكل الثمن على البائع سواء اشتراها طاملاً بذلك أم جاهلاً ولا يقال إن ذلك إباحة للثمن لأنه في مقابل عوض باطل فتبطل إباحته ويكون الثمن في يد البائع مضموناً عليه ، وأما إذا كان لها قيمة مع العيب فإن اشتراها مع العلم لم يرجع بشيء وإن اشتراها مع الجهل ردها مع البقاء أو رجع بالأرض مع التلف أو ما في حكمه وهو خروجه أو بمضه عن ملكه كما تقدم .

﴿ لا ﴾ إذا لم يكن له قيمة ﴿ بعد جنابة فقط ﴾ وقمت عليه بحيث لو لم يجن عليه لكان له قيمة ﴿ فالأرض ﴾ هو الواجب له ﴿ فقط ﴾ وهو ما بين قيمته مبيعاً سليماً من الجنابة وقيمه سليماً منها غير معيب منسوباً من الثمن ، ولا يستحق الرد بذلك

(١) وهو الصاب بناء الكلب وقد زعموا أنه لا يبرأ جرحه اهـ .

العيب ﴿ وإن لم يعرف ﴾ العيب ﴿ بدونها ﴾ أى بدون الجناية فإنه لا يستحق المشتري إلا الأرض فقط ، مثال ذلك : الجوز الذى قد اختل لبّه فإنه لا يعرف اختلاله إلا بكسره ولا قيمة له بعد الكسر بخلاف ما لو بقيت سليمة فإن لها قيمة ولو علم أنها مختلة اللب فإنهم ربما زخرفوها وتركوها زينة أو يلبس بها الصبيان ، ونحو ذلك الرمان الفاسد والبيض الفاسد ، هذا إذا كان له قيمة قبل الكسر ، أما إذا لم يكن لذلك قيمة لا قبل الكسر ولا بعده فإنه يرجع بالثمن كله كما تقدم قريباً ، ولو كان لا يعرف العيب إلا بالكسر .

﴿ ومن باع ﴾ بقرة أو نحوها ﴿ ذا جرح ﴾ وقع من غير البيعين يعرف في العادة أن مثله ﴿ يسرى فسرى ﴾ ذلك الجرح إلى إتلاف النفس أو إتلاف عضو منها مع المشتري ﴿ فلا شيء على الجارح في السراية ﴾ من وقتى البيع إلى الرد لا للبائع ولا للمشتري ﴿ إن علما ﴾ عند العقد أنها تسرى : أما البائع فلائنه قد رضى بإسقاط حقه لما علم والسراية وقعت في غير ملكه ، وأما المشتري فكأنه قد رضى بالجرح أو السراية لما علم . ﴿ أو ﴾ علم ﴿ أحدهما ﴾ عند العقد أنها تسرى فلا يكون لأحدهما أن يطالب الجارح بأرض السراية فأما أرض الجراحة وما سرى إلى وقت البيع فللبائع أن يطالب بأرض ذلك فقط .

﴿ والعكس إن جهلا ﴾ كون تلك الجراحة تسرى ﴿ وتلف ﴾ المبيع بالسراية أو غيرها في يد المشتري قبل رده أو امتنع الرد بأحد الأوجه الأربعة المارة بفصل (٢١٣) فله أن يرجع على البائع بأرض السراية والبائع يرجع على الجارح بما أعطى المشتري من الأرض لأنه غرم لحقه بسببه ولم يكن قد علمه قبل البيع حتى يكون رضى بإسقاط الحق ، وكذا لو أبرأ المشتري البائع من الأرض فإنه يلزم الجارح الأرض للبائع . وإنما يرجع البائع على الجارح بما أعطى حيث كان الثمن مساوياً للقيمة أو دونها . أما إذا كان أكثر لم يرجع البائع إلا بأرض الجراحة ، وعليه

للمشتري أرض الميب ولو زاد، مثاله : أن تكون قيمته في غير سراية عشرة ومع السراية تسعة والتمن عشرون درهماً فإنه يسلم البائع للمشتري درهمين ، وذلك هو ما بين القيمتين منسوباً من الثمن ولا يرجع على الجارح إلا بدرهم لأن الجارح لا يضمن إلا ما نقص من القيمة وهو درهم ودرهم لا رجوع له فيه .

﴿ أو ﴾ كان المبيع باقياً و ﴿ رد ﴾ على البائع ﴿ بحكم ﴾ حاكم أو رد بما هو تقص للمقد من أصله بغير الحكم كخيار الرؤية والشرط فللبائع أن يرجع حينئذ بأرض السراية على الجارح لأن الفسخ بالحكم إبطال لأصل المقد فكأن السراية وقعت في ملكه فلو كان الرد بالتراضي لم يرجع أيهما على الجارح ، وكذلك لو رضيه المشتري لم يرجع أيهما على الجارح أيضا .. والجرح الذي يسرى ﴿ هو عيب ﴾ فإن جهله المشتري أو جهل كونه يسرى وقد علم الجرح ، فله أن يفسخه مع البقاء لأن سريانه عند المشتري لا يمنع الرد ولا يلزمه أرض ماسرى عنده ومع التلف يرجع بالأرض على البائع كسائر العيوب .

﴿ وإعلم ﴾ أنه ليس للوصي أن يفسخ الميب بالتراضي إلا لمصلحة ظاهرة ﴿ وإذا ﴾ فسخ بحكم ولزم رد الثمن ﴿ وتعذر على الوصي الرد من التركة فن ماله ﴾ كما لو باع الوصي شيئاً من التركة ثم قبض الثمن فقضاء به الغرماء أو استهلكه الورثة ثم فسخ ذلك الشيء بحكم أو استحق بحكم فإنه يجب عليه رد الثمن ، فإن كان باقياً في يده رده بعينه للمشتري وجوباً وإن لم يكن باقياً فإن كان للميت شيء باعه ورد مثل ذلك الثمن للمشتري . وإن لم يكن للميت شيء استرجع الثمن من الغرماء ، وكذلك من الفقراء ، فإن لم يمكنه الاسترجاع منهم رد الثمن من مال نفسه ، فإن نوى إقراض الميت كان له أن يرجع إن ظهر له مال وله أيضاً أن يرجع على الغرماء وديونهم في التركة حيث لم ينو التبرع عن الميت .

﴿ مسألة ﴾ فلو أوصى الميت بالحلج وعين فرساً لا يملك غيره ولا وارث له

ثم ظهر عليه دين مستغرق ولم يكن يعلم الوصي وقد بحث ولم يقصر فالقياس على هذا أن يرد الفرس للفرماء ويسلم أجره الحاج من عنده وهي أجرة المثل لأن الإجارة غير صحيحة إلا أن يعطيهم من جهة أخرى جاز وكانت الإجارة صحيحة كببيع وارث المستغرق لغير القضاء ، فإن تعذر الاسترجاع ضمن الوصي للفرماء قيمة الفرس من ماله .

﴿ فرع ﴾ ومثل الوصي في الضمان من ماله الولي والوكيل الذي تتعلق به الحقوق بخلاف الإمام والحاكم فمن بيت المال لأن الحقوق لا تتعلق بهما وإنما يتصرفان بالولاية العامة ، وكذا مأمور الإمام والحاكم .

(فصل)

﴿ ٢١٥ ﴾

ذكر فيه الإمام أحكاماً تتعلق بالخيارات الثلاثة فيما إذا اختلف من لهم الخيار في الرد والرضى في المبيع ، وفي بيان بعض ما يختلف فيه الخيارات . قال عليه السلام :

﴿ وإذا ﴾ اشترى شخصان شيئاً غائباً عنهما ثم ﴿ اختلف المشتريان ﴾ بمسدد رؤيته أو قبلها فاختار أحدهما ففسخه بخيار الرؤية والآخر رضيه ﴿ فالقول ﴾ المراد بالحكم ﴿ في الرؤية لمن رد ﴾ سواء تقدم أم تأخر ، ويجوز الرضى على رد نصيبه إلا أن يكون بمسدد القبض فله حصته . أما الشفيعان فمن رد أبطل حقه واستقل بالجميع الآخر ولو كانا مشتركين في السبب . ﴿ و ﴾ أما إذا شرط المشتريان الخيار لنفسيهما ثم اختلفا ففسخه أحدهما ورضيه الآخر كان الحكم ﴿ في ﴾ خيار ﴿ الشرط لمن سبق ﴾ منهما بفسخ أو رضى لأن كل واحد منهما وكيل للآخر فإن سبق الفاسخ انفسخ عليهما معاً ، وإن سبق الرضى لزم كلا منهما نصيبه . .

﴿ و ﴾ هذا الحكم إنما يثبت إذا كانت ﴿ الجملة واحدة ﴾ نحو أن يكونا مشترعين معاً أو بائعين معاً أو مشترين ومجمولاً له الخيار من جهته ، أو بائناً ومجمولاً له الخيار

من جهته . أما لو اختلفت الجهة نحو أن يكون الخيار للبائع والمشتري فإنه إذا رضى أحدهما كان الآخر على خياره كما تقدم ، وإذا كان الخيار لهما من جهة واحدة فالحكم لمن سبق ﴿ فإن اتفقا ﴾ أى وقع منهما الإمضاء والفسخ في وقت واحد ولم يسبق أحدهما الآخر ﴿ فالفسخ ﴾ أولى ، وكذا لو التبس من الأصل هل تقدم أحدهما أو اتفقا في وقت واحد فالفسخ أولى .

﴿ مسألة ﴾ وإذا كان الخيار لبائعين أو مشتريين فأت أحد الشخصين بطل خياره ويبقى الحى على خياره لأن الموت ليس كالرضى من كل وجه ، وأما إذا اطلع المشتريين على عيب في المبيع واختلفا فرضيه أحدهما وفسخه الآخر كان الحكم ﴿ في العيب لمن رضى ﴾ سواء تقدم أم تأخر ﴿ ويلزمه ﴾ المبيع ﴿ جيما ﴾ ويدفع لشريكه حصته من الثمن ﴿ وله ﴾ على البائع ﴿ أرض حصة الشريك ﴾ لأنها دخلت في ملكه بفرض اختياره بخلاف حصته فلا أرض لها لأنه قد رضى بها . وإذا شفع المبيع شفع في جميعه لا في حصة الراضى فقط لأن حصت شريكه دخلت في ملكه بالمقد الذى اشترك فيه فتصح شفعة الجميع فلا يتوهم أنها دخلت بدون عقد فلا تشفع ، وكذا يكون الحكم لمن رضى من الوارثين والشافعين . أما إذا كان المبيع سلمتين معيبتين بيعت إحداهما بالأخرى فالحكم لمن رد مطلقا سواء تقدم أم تأخر ، وكذلك لو شرط جماعة الخيار ثم أراد كل واحد رده بخيار آخر . مثال ذلك : أن يرد أحدهم بخيار الرؤية ، والآخر سبق إلى الرضى به من جهة خيار الشرط ، والآخر رضى به من جهة خيار العيب ، فإن تطابق خيارهم بالزاد زودوا جيما ، وإن اختلفت جهتهم فمنهم من يرد ومنهم من يرضى بالعيب ونحوه فالحكم لمن رد بكل حال . أما خيار قد الصفه فالحكم فيه لمن رضى لأنه ما كان من الخيارات من باب النقص فيرد إلى العيب ، وما كان من باب التروى فكالشرط .

قال في البيان : ﴿ واعلم ﴾ أن ما تقدم من الخيارات مختلف ﴿ فنه ﴾ ما هو من باب النظر والرأى كخيار الرؤية والشرط ، والخيار فيه على الفور ولا يورث ولكن

الفور في خيار الشرط في آخر مدته وفي خيار الرؤية يكون عقيب رؤية مميزة ﴿ومنه﴾ ما هو لأجل نقص في المبيع كخيار العيب وقصد الصفة وتمذر التسليم والخيانة والفرر ، فهذا على التراضي ويورث ﴿وكذا﴾ خيار تعين المبيع يورث في مدته وبعدها ويكلف التعمين ، وذلك حيث المبيع ثوب من ثياب أو نحوه فإنه يورث لضرورة التعمين إلا حيث باع السكك على أنه بالخيار يرد ماشاء منها فهو لا يورث ويصح في السكك ، وكذا خيار معرفة قدر المبيع وقدر الثمن فإنه يورث ، ﴿ومنه﴾ ما هو على التراضي ولا يورث وهو خيار الإجازة في الوقوف ويبطل المقدم بموت أيهما وفي خيار الثمن وقد مر جميع ذلك ، وهذا كالحاصل لا تقدم .

باب

﴿ ما يدخل في المبيع ﴾ تبعا ﴿ و ﴾ حكم ﴿ تلفه و ﴾ حكم ﴿ استحقاقه ﴾ .

(فصل)

﴿٢١٦﴾

والذي ﴿ يدخل ﴾ تبعا ﴿ في المبيع ونحوه ﴾ من سائر أنواع التملكيات والإنشاءات كالوقوف والنذر والهبة والوصية والصدقة والاحياء والعقود والإقرار والمهر وعوض الخلع ، وكذا الإجازة يدخل فيها ما جرى العرف بدخوله فيها . ﴿ للمالك ﴾ أي الإماء والمبيد ﴿ ثياب البذلة ﴾ ^(١) وإن لم يكن لباسا لها بل ولو جهلت فإنها تدخل في ملك المشتري ونحوه . لأن ما يدخل في المبيع تبعا تفتقر فيه الجهالة سواء كان يدخل ملكا أم حقا . ﴿ و ﴾ كل ﴿ ما معروف به ﴾ في عرف البائع أنه للعبد أو للأمة لا ينزعه عن أيهما إذا أخرجه عن ملكه كسوار الأمة وسراويلها لا منطقتها وعمامة العبد . والعبرة فيما يدخل تبعا بعرف البائع ثم بعرف بلده إن لم يكن له عرف ويختلف

(١) لا ما زيد عليها لأجل التفات والزينة فلا تدخل اه .

العرف باختلاف الجهات والمالكين ، فربما يتسامح التجار والملوك بما لا يتسامح به النخاسون .

﴿ و ﴾ يدخل ﴿ في ﴾ بيع ﴿ الفرس ﴾ ونحوها تبعاً ﴿ المدار ﴾ وهو الخطام ولو كان مجهولاً والنعال ﴿ فقط ﴾ دون اللجام والقلادة والسرّج ، وإذا باعها مع السرج دخل اللبد وهو الذي يكون متصلاً بظهر الفرس إذا كان متصلاً بالسرّج وإلا فلا إلا لعرف خاص بالبائع أو عام في البلد ﴿ و ﴾ يدخل في بيع ﴿ الدار طرقتها ﴾ فيستحقها المشتري . أما المنزل في الدار فإن كان مجاوراً لملك المشتري لم تدخل الطرق وإلا دخلت . ويدخل تبعاً للدار أيضاً حوشها ، وكذا مسيل الماء ، ﴿ و ﴾ كذا يدخل في بيع الدار كل ﴿ ما ألصق بها لينفع ﴾ وهو باق ﴿ مكانه ﴾ من دون نقل كالرُحى والمدقة المصققة بها والتثّور والوتد والسلم المسمور ، وتدخل أيضاً البئر وما يتعلق بها من الأماكن كالأجل ونحوه ، ويدخل أيضاً المدفن لا مافيه من الحب ولا مافي الدار من الأمتة والآثاث والآنية والدقائق والسلم غير المسمور ، وتدخل أيضاً أبواب الدار ولو لم تكن منصوبة ، وكذا الرحن العليا لأن العرف جار بدخولها .

﴿ والضابط ﴾ أن كلما لا ينقل في العادة فإنه يدخل إلا أن يجري عرف بخلافه وكلما كان ينقل فإنه لا يدخل إلا أن يجري عرف بخلافه مثل مفاتيح الدار فإنها تدخل لأن العرف جار بدخول جميع مفاتيح الدار .

﴿ و ﴾ يدخل في بيع ﴿ الأرض الماء ﴾ وإن لم يذكر وسواء كان سيلاً أم غيلاً أم غيرها ﴿ إلا لعرف ﴾ بأن الأرض تباع دون مائها ﴿ والمكس ﴾ وهو أن الأرض تدخل في بيع الماء إلا لعرف ، وهذا مبني على أنه باع حصته من البئر أو سواق النيل . وأما بيع الماء بانفراده فإنه لا يصح بيعه لأنه حق وبيع الحقوق لا يصح . ﴿ و ﴾ تدخل في بيع الأرض أيضاً ﴿ السواق ﴾ التي يجري فيها ماء النهر أو البئر إلى تلك الأرض ﴿ والمساق ﴾ وهي الأصباب التي ينحدر فيها ماء المطر إلى الأرض ، وسواء

كانت ملكاً للبائع أم حقاً له ، فإنها تدخل ويثبت الملك أو الحق للمشتري ، ﴿ و ﴾ كذلك ﴿ الحيطان ﴾ وهى الجدران فإنها تدخل فى بيع الأرض تبعاً ويدخل فيها محل الحارس وسيل الماء إلا لعرف . ولا يدخل فيها الملقى من الأحجار ولا الدفين غير أحجار الأساس .

﴿ و ﴾ إذا بيعت الأرض دخلت ﴿ الطرق المعتادة إن كانت ﴾ لها طرق معتادة للاستطراق إلى تلك الأرض سواء كانت فى حق أم فى ملك البائع أم فى ملك لغيره وقد ثبت فيها حق الاستطراق ﴿ وإلا ﴾ يكن لها طريق لذلك ﴿ فى ملك المشتري ﴾ تكون طريقها ﴿ إن كان ﴾ فى ملكه ما يتصل بها ، ويثبت له الخيار إذا كان بنقض القيمة ، وإلا يكن لها طريق فى أملاك المشتري فى المباح إذا وجد بجانب الأرض وهو أقرب من ملك البائع أو مساو له ﴿ وإلا ﴾ يكن ثم مباح كذلك ﴿ فى ملك البائع ﴾ بغير قيمة ويجبره الحاكم على ذلك ﴿ إن كان ﴾ له ملك يتصل بها ﴿ وإلا ﴾ يكن لها طريق معتادة ولا اتصل بها ملك المشتري ولا وجد إلى جانبها مباح ولا اتصل بها ملك البائع ﴿ فميب ﴾ أى فعدم الطريق عيب فإما أن يرضاها المشتري أو يفسخ لأن له الخيار ولو بعد القبض إذا جهل ذلك ، أما قبل القبض فلهما معاً خيار تعذر التسليم ولو علم بذلك . وصورة الميب : هو إذا كان لرجل أراض فباعهن إلا الوسط ولم يستثن لها طريقاً فيما باعه ثم باع الوسط فهى حينئذ لا طريق لها ، وكذا لو كانت طريقها مستعمارة فإن كان للأراضى طريق ثم التبتت فرض لها الحاكم طريقاً من أقرب جهة إليها وتكون قيمتها على المالكين لسائر الجهات الأربع التى التبتت الطريق فيها ، ومن عينت الطريق فى ملكه سقط عليه من القيمة على قدر حصته .

﴿ فرع ﴾ وما يدخل فى بيع الأرض تبعاً كالطريق والمسقاة فإنه يتبع فى ذلك العرف ، فإن قضى أنه يدخل قرار ذلك فى الملك عمل به ، وإن قضى بأنه لا يثبت فى ذلك

إلا حق فقط عمل به ، فإن لم يكن ثمَّ عرف فإن كان ذلك للبائع حقا ثبت للمشتري حقا فقط ، وإن كان ذلك للبائع ملكاً ثبت للمشتري ملكاً .

﴿ و ﴾ يدخل في بيع الأرض شجر المالك الأرض ﴿ ثابت ﴾ مما ﴿ يبقى سنة فصاعدا ﴾ ويراد به الدوام كالنخيل والأعناب وأصول القصب^(١) والكراث . أما مالا يراد به الدوام فلا يدخل ولو كان مما يبقى سنة فصاعدا كالزنبيل والمرد والقوه فإنها لا تدخل تبعا . ولا يدخل ﴿ ما يقطع ﴾ منه أى من ذلك النبات ﴿ إن لم يشترط ﴾ دخوله في البيع فثبت ﴿ من غصن وورق ونمر ﴾ وزرع فإنه لا يدخل ، وكذا أغصان الحناء والتوت والأخشاب فإنها لا تدخل إذا لم يشترط دخولها إلا أصولها فإنها تدخل ، فعلى هذا لو باع الأرض فلا يدخل فيها ما يقطع من الشجر ، وكذا لو باع الشجرة فلا يدخل فيها الثمر ولا أغصانها ولا ورقها إذا كانت تقطع ، وحينئذ لا يصح قبض المبيع في هذه الحال بالتخلية لأنه مشغول بملك البائع فلو قبضه المشتري وجب عليه إصلاح ما لم يدخل في المبيع وإلا ضمن للبائع ما فسد .

﴿ مسألة ﴾ والثمر يكون للبائع مطلقاً من النخل وغيره سواء أثمر أم لم يثمر إذا كان قد ظهر وإلا فالمشتري ، فلو قال بملك هذه الشجرة بما عليها من الثمار فإن كان قبل الإصلاح لم يصح وإلا صح .

﴿ فرع ﴾ وإذا باع الشجرة قبل أن تورق الأغصان أو بعد أن أوردت فإن الأغصان تكون للبائع إذا كانت مما يقطع فلو أخذت أوراقها ثم طلع عليها أوراق أخرى فهي لصاحب الأغصان أيضاً ولا أجره عليه .

﴿ و ﴾ إذا لم يدخل الثمر والزرع والنصون والورق تبعا بل بقي على ملك البائع وجب أن ﴿ يبقى للإصلاح ﴾ أى إلى أن يصلح للجناد ويكون بقاءه ﴿ بلا أجر ﴾ لمدة بقاءه في الأرض أو بقاءه في الشجر ، ويمتد العرف في مدة البقاء . وإذا شرط

(١) وهو القصبه اهـ .

الأجرة فإن الشرط ينفو ﴿ فإن اختلط ﴾ الثمر والورق والأغصان حيث باع الأغصان واستثنى الورق فاختلط الموجود في الشجرة عند العقد بما حدث على الشجرة من ذلك بعد العقد حتى التبت القديمة منها بالحادثة بعد العقد ﴿ قبل القبض قيل فسد العقد ﴾ بذلك لأنه تمذر به تسليم المبيع ، وهذا القول ذكره أبو مضر ولم يصح للمذهب ، والصحيح أنه لا يفسد لأن المبيع متميز والجهالة طارئة . فإذا حصل اللبس قبل القبض فإنه يقسم الثمر الحادث والقديم بين البائع والمشتري ويبين مدى الزيادة في نصيبه ولا خيار لتمذر التسليم لأن التسليم لم يتمذر .

﴿ لا ﴾ إذا كان الاختلاط ﴿ بعده ﴾ أى بعد القبض ، وكذا لو كان قبله كما تقدم آنفاً ﴿ فيقسم ﴾ الثمر الحادث والقديم بين البائع والمشتري ﴿ ويبين مدى الفضل ﴾ أى زيادة البذر وزيادة الصفة في نصيبه « وكذا لو عين أحدهما شيئاً منها وادعى أنه له فإنه يبين على ذلك ، فإن بين شيئاً مما ادعاه من زيادة أو تعيين حكم له بمنا بين وإلا قسم بينهما ولا حكم لدعوى ذلك » (١) .

﴿ وما استثنى أو يبيع مع حقه بقى ﴾ وذلك نحو أن يبيع أرضاً ويستثنى أشجارها بحقوقها أو يبيع الأشجار بحقوقها فإن ذلك كله يوجب بقاء الشجر على الأرض لأجل الحقوق التي أدخلها استثناء أو ييماً ولو أدخلها لمدة مجهولة لأن الحقوق تقبل الجهالة استثناءً أو ييماً . ﴿ و ﴾ إذا اقتلع منها شيء ولو بنير قالع ﴿ عوض ﴾ مكانه مثله أو دونه في المصرة إذا شاء المستحق للشجرة تمويضه مالم يشترط عدم التمويض أو يجري به عرف ، وإذا التبس موضع المفلوح أو نوعه عينه الحاكم . وحكم الجدار حكم الشجر من ذلك كله ﴿ والقرار ﴾ الذى فيه الشجر والبناء ملك ﴿ لذى الأرض ﴾ وليس لصاحب الشجر وصاحب البناء فيه إلا حق اللبث فقط فلذا لو غصبها غاصب لزم الأجرة لذي الأرض ، وكذا لو أنلفها متلف كانت القيمة لذي الأرض وله أن

يشفع بها وكذا يشفع فيها مشتريها ولدى الأرض أن يتصرف فيها بما لا يمنع ذا الحق حقه، وعليه إصلاح الأرض إذا خربت بالسيل ليستمر لذي الحق حقه ولو لم يبق لها نفع . أما سقى الأرض وحرثها ونحوه لمنفعة الشجر فعلى رب الشجر وقد تقدم^(١) أنه لو استثنى الأشجار أو زراعة الأرض مدة معلومة كان سقى الأشجار وإصلاحها على مالكها وإصلاح الأرض على المشتري .

وهذا كله إذا ذكر الحق حيث استثنى وحيث باع ﴿وإ﴾ ن ﴿لا﴾ يذكر الحقوق ﴿وجب رفعه﴾ في تلك الأرض في صورتين مما مهما لم يرض مالك الأرض ببقائها ويكون قطع الشجر من ظاهر الأرض إذا لا تدخل العروق في البيع ، وهذا كله حيث لم يجر عرف بخلافه فإن جرى العرف بالبقاء إلى مدة معلومة صح وإن كان إلى مدة مجهولة فسَدَ في البيع لافي الاستثناء ولأنه يصح استثناء الحق مطلقا وقد تقدم في بيع الثمار بعد بدو صلاحها . وإذا جرى العرف بدخول العروق كما يشتري للغرس أو الشجرة إذا بدست وشُرِيت للحطب دخلت العروق وإلا فلا ، وإذا دخلت العروق فلا يضر جهلها لأنها من الحقوق ولا يجب عليه تسوية الأرض بعد قلع العروق إلا أن يجرى عرف بذلك .

﴿فرع﴾ من باع شجراً أو بناءً في أرض هو مستأجرها للغرس أو البناء وعلم المشتري بذلك فإنه يجب الرفع إذا لم يقل بحقوقها ولو كان البيع قبيل مضي مدة الإجارة .

﴿تنبيه﴾ إذا اشترى الشجرة بحقوقها فإنه لا يلزمه قطع ما امتد من أغصانها في المستقبل طولا وعرضا في ملك البائع وكذلك العروق ولو امتدت إلى أرض الغير فإنه لا يجب رفعها لجرى العادة بذلك، أما الأغصان فيجب رفعها إذا امتدت إلى أرض الغير .

(١) في فصل عدد (٢٠٠) على شرح قوله (وفتقة مستثنى اللبن على مشتريه) اهـ .

﴿ فرع ﴾ وإذا باع حَوْشًا وهو المعروف « بِالْحَيَوَى » وله إليها مُزَاب وجب عليه رفعه حيث قطع فيها كل حق فإن لم يقطع فلا يجب الرفع بل يبقى حتى المُزَاب ويثبت للمشتري الخيار مع الجهل ، ﴿ ولا يدخل ﴾ في بيع الأرض وكذا الدار ﴿ معدن ﴾ في عمقها سواء كان مائما كالنفط « والغاز » أو جامدا كالذهب والفضة ونحوهما مهما يكن في أعماق الأرض إذ هي لا تملك ولذا فإنه على أصل الإباحة يكون لمن سبق إليه من بائع أو مشتري أو غيرها سواء كان من جنس الأرض أم لا ولكن يأثم الداخل بدخوله إلا بإذن مالك الأرض ﴿ ولا ﴾ يدخل في بيع الأرض ﴿ دفين ﴾ من طعام أو أحجار أو نحوهما إلا إذا أدخل وكان معلوما لها أو للبائع وإلا فسد البيع، وأما قرار المدفن فيدخل وكذا الأساس يدخل ولو جهل .

﴿ فرع ﴾ من اشترى أرضاً وفيها نهر مدفون أو بئر ثم أظهر المشتري ذلك فإن البيع صحيح ويكون ذلك كالتابع في نفس المبيع بمسند معرفة الجملة ، وكذا من باع فرساً فإذا هي حامل أو عبداً فإذا له مهنة تزيد في ثمنه، أو اشترى فرساً على أنه حرون فوجده غير حرون فإن البيع صحيح ولو قدر أن البائع لو علم بذلك وقت العقد أسأ باعه بذلك الثمن، وكذا لو اشترى أرضاً فوجد فيها معدناً عظيماً فإن البيع صحيح، وإذا سبق إليه المشتري كان أولى به .

﴿ ولا ﴾ يدخل في المبيع ﴿ درهم في بطن شاة أو ﴾ في بطن ﴿ سمك ﴾ أو في بطن أي مبيع ولكن يكون حكمه كما بينه الإمام عليه السلام بقوله: ﴿ و ﴾ الدرهم ﴿ الإسلامي ﴾ وهو ما كان يضربه الإسلام، وكذا الدرهم الكفري إذا كان مما يتعامل به المسلمون إذا وجد في بطن شاة أو نحوها فإنه يكون ﴿ لقطة ﴾ حكمه حكمها ﴿ إن لم يدعه البائع ﴾ والصواب إن نفاه اليمين فحكمه حكم اللقطة . أما لو لم ينفه البائع ولا مضى وقت بعد القبض يجوز أن الشاة ازدردته فيه من مال غيره فإنه يكون للبائع ولو لم يدعه فلو توزع كان القول قوله مع عيئته . أما لو وجد في بطن السمك

وقد حبس في ماء بمد خروجه من البحر فمل التفصيل المتقدم، وإلا يكن قد حبس فلقطه لأنه من البحر . ﴿و﴾ أما الدرهم ﴿الكفري﴾ الذي لا يتعامل به المسلمون ﴿والدرة﴾ وهي الواحدة من كبار اللؤلؤ إذا وجد شيء منهما في بطن شاة جلبت من دار الكفر فإنه يحكم به ﴿البائع﴾ لأنهما لا يدخلان تبعا ، وهذا إذا لم يمض وقت يجوز فيه ازدياد ذلك في ملك المشتري ، وسواء كانت الدرة مثقوبة أم لا إذا كان البائع لها هو الصائد أو كان البائع لها قد حبسها في ماء يملكه لجواز أنها ازدردتها من ماله وإلا فلصائد إن لم يخصه أحد الوجهين أي حيث لم يحكم بها للبائع ولا للمشتري .

﴿و﴾ أما ﴿المنبر﴾ في سمك وهو أصله أ ﴿والسمك﴾ إذا وجد في أصله أي ﴿في﴾ بطن ﴿سمك ونحوه﴾ أي نحو ذلك كأن يشتري طيبا فيجد فيه فارة مسك فإن ذلك ﴿للمشتري﴾ يدخل في البيع تبعا « كالملف » الذي في بطن الشاة ونحوها وسواء علم البائع أم لم يعلم ، وكذا لو وجد البازهر في حيوان فإنه للمشتري .

(فصل)

﴿٣١٧﴾

في حكم تلف البيع وحكم استحقاقه ﴿وإذا تلف﴾ جميع ﴿البيع﴾ أو بعضه ﴿قبل التسليم النافذ﴾ وكان تلفه وهو ﴿في غير يد المشتري و﴾ بغير ﴿جناية فن مال البائع﴾ يكون تلفه، وحينئذ يفسخ البيع ويجب على البائع أو ورثته رد الثمن إن كان قد قبض من المشتري ، وقول الإمام عليه السلام « قبل التسليم » يحترز مما لو تلف بعد التسليم إلى المشتري فإنه يتلف من مال المشتري إلا أن يكون فيه الخيار للبائع أو لها مما فيتلف من مال البائع لأنه في يد المشتري أمانة ، وقول الإمام « النافذ » يحترز مما لو تلف بعد تسليم غير نافذ فإنه يتلف من مال البائع لأن التسليم كالا تسليم ، والتسليم النافذ هو التسليم الذي ليس للبائع استرجاع البيع بعد تسليمه إلا بحكم والتسليم غير النافذ هو التسليم الذي يكون للبائع استرجاع البيع بعده من دون حكم .

وللتسليم غير النافذ صور أربع :

﴿ الأولى ﴾ أن يقبض المشتري المبيع بغير إذن البائع وقبل تسلمه للثمن فقبضه هذا لا حكم له فهو غير نافذ ويجب أن يعود إلى البائع كما كان .

﴿ الصورة الثانية ﴾ أن يكون البائع سلمه إلى المشتري بشرط تمجيل الثمن الذي في ذمة المشتري فإذا لم يعجله فللبائع استرجاع المبيع ويكون تسليمه الأول كلا تسليم .

﴿ الصورة الثالثة ﴾ أن يكون الثمن مميّناً في غير النقدين وسلم البائع المبيع تسليماً مطلقاً ثم طلب منه تسليم الثمن المعين فامتنع المشتري فله استرجاع المبيع ولو قهراً إذ تسليمه وإن كان مطلقاً فهو كالشروط بتسليم عوضه فإذا استرجعه كان التسليم كلا تسليم أما لو كان الثمن نقداً فإنه لا يتمين ولو شرط تسليمه بعيّنه لأن النقدين لا يتمين فلا يكون له استرجاعه إلا إذا شرط تمجيل الثمن كما مر في الصورة الثانية .

﴿ الصورة الرابعة ﴾ أن يكون البائع قد قبض الثمن ثم وجد فيه عيباً فردّه على المشتري ليبدله واسترجع المبيع لأن له ذلك فإذا رجع إليه كان التسليم الأول كلا تسليم وهذا إذا كان الثمن المبيع نقداً أو مثلياً في الذمة فإن كان قيمياً أو مثلياً مميّناً فهو مبيع والمبيع لا يبدل إذا كان مميّناً فليس للبائع إلا أن يرضى به أو يفسخ العقد فهذه « الصور الأربع » لما كان التسليم فيها غير نافذ كان كلا تسليم وكانت للبائع استرجاع المبيع إلى يده أو إلى يد عدل حتى يتسلم الثمن ومتى استرجعه البائع وتلف فيتلف من ماله .

وقول الإمام « في غير يد المشتري » يحترز من أن يتلف في هذه الصور المتقدمة وهو في يد المشتري قبل أن يردّه إلى البائع أو إلى العدل فإنه يتلف من مال المشتري وسواء تلف بفعل البائع في يد المشتري أم بفعل غيره إلا أن يكون الخيار للبائع أو لها فمن مال البائع كما ذكر آنفاً . وقول الإمام « وجنابته » أي وأن يكون تلفه

بغير جناية المشتري ، أما لو تلف بجناية المشتري عمداً أو خطأً أو بجناية عبده الصغير أو بهيمته المقور فإنه يتلف من مال المشتري ولو وقعت تلك الجناية وهو في يد البائع لأن الجناية بمنزلة القبض في العقد الصحيح لافي الفاسد لأنه يفتقر في قبضه إلى النقل بالإذن .

﴿ مسألة ﴾ وإذا تلف المبيع من مال البائع فإنه يبطل البيع ويجب عليه رد الثمن للمشتري وليس للمشتري إلا الثمن فليس له أن يطالب الجاني بالقيمة سواء كان الجاني البائع أم غيره ، وكذا ليس للمشتري أن يطالب البائع بما استغل أو انتفع ، ولله مطالبته بالنتائج والنماء الحادث بعد البيع متصلاً كان أو منفصلاً لأن ذلك يكون للبائع إذا تلف المبيع في يده ، فإن كان المشتري قد قبض النتائج والنماء والثمار رد هذه الفوائد ، فإن تلفت ضمنها إلا إذا تلفت لا بجناية ولا تفريط وكان قبضها بعد توفير الثمن في العقد الصحيح أو كان قبضها بإذن البائع سواء كان العقد صحيحاً أم فاسداً فلا ضمان والإلزام ، فإن كان المشتري قد أنفق على النتائج ونحوه فإن نوى الرجوع رجع إذا قبضها بإذن البائع وإلا فلا .

﴿ فرع ﴾ وللبائع حبس الفوائد الحادثة بعد البيع وقبل التسليم كالولد ونحوه مع حبس المبيع حتى يقبض الثمن وذلك تبعاً للأصل وهو المبيع ، فلو تلفت في يد البائع ولم يتلف المبيع لم تكن مضمونة عليه لأنها لم تشارك المبيع في جزء من الثمن وهو السبب الموجب للضمان .

﴿ قيل ﴾ والقائل صاحب الوافي تخريجاً للهادي عليه السلام ﴿ وإن ﴾ باع على رجل شيئاً ثم ﴿ استعمله ﴾ قبل التسليم ﴿ فلا خراج ﴾ عليه أي فلا تلزمه أجرة المشتري وهذا القول لا يصح المذهب ، والصحيح أنها تلزم الأجرة إلا إذا تلف المبيع قبل القبض النافذ فلا تلزم لأنه يبطل البيع . فلو امتنع البائع بعد توفير الثمن له عن تسليم المبيع ثم سلمه لزمته الأجرة أيضاً كالفاصل ولو لم يستعمله .

قال الإمام عليه السلام ﴿ وإن تعيب ﴾ المبيع قبل القبض سواء كان باستعمال أم بغيره ﴿ ثبت الخيار ﴾ للمشتري فإن شاء فسخ وإن شاء رضى به ولا أرش له إلا إذا كان العيب بفعل غير البائع رجع بالأرش على الجاني . أما لو كان العيب بحناية المشتري فليس له الفسخ إلا إذا كان الخيار لها أو للبائع فله أن يفسخ بالعيب ويضمن ما نقص من القيمة للبائع ﴿ و ﴾ إذا تلف المبيع ﴿ بعده ﴾ أى بعد التسليم النافذ لم يفسخ البيع وتلف ﴿ من مال المشتري ﴾ لأنه قد استقر ملكه بالقبض النافذ^(١) ﴿ ولو ﴾ تلف ﴿ في يد البائع ﴾ بعد أن قبضه المشتري قبضاً نافذاً تلف من مال المشتري إلا أنه ربما يضمن القيمة في بعض الصور بوجه آخر لا الثمن وذلك نحو أن يسترده البائع رهناً في الثمن أو في دين غيره فيضمنه ضمان رهن حيث قبضه بإذن المشتري ، أو يسترده لقبض الثمن من دون شرط تعجيله وكان الثمن مما لا يتعين ضمانه ضمان غصب إذا قبضه بغير إذن المشتري ، وكذا لو عدّ له بغير إذن المشتري فيضمن القيمة في هذه الصور، بخلاف ما لو عاد إلى البائع ودیمة أو عارية غير مضمونة أو قبضه من المشتري بالوكالة منه فإنه لا يضمن قيمة ولا ثمناً لأنه أمين .

بيان استحقاق المبيع

قال الإمام عليه السلام ﴿ وإذا استحق ﴾ المبيع أى انكشف أنه ملك لغير البائع وجب على المشتري ﴿ رده مستحقه ﴾ وإذا علم استحقاقه فلا يجوز له تأخير الرد حتى يحكم به ولو تمذر عليه الرجوع بالثمن على البائع ولا شيء له على من استحقه وكذا يجب عليه رد فوائده الأصلية والفرعية إن كان عالماً وإن كان جاهلاً طابت له الفرعية يعنى الكراء فقط كما يأتي لأنه مع الجهل يملك غلتها وعليه الأجرة، وإذا سلم المشتري المبيع لمستحقه فله الرجوع على البائع بالثمن إذا كان التسليم كما بينه الإمام بقوله:

(١) وقد سبق بيان القبض النافذ قريباً اهـ .

﴿ فبالإذن ﴾ من البائع للمشتري بالتسليم له الرجوع ، وكذا لو سلمه بعد إقرار البائع بأنه لمستحقه فإن له الرجوع بالثمن لأن الإقرار إذن بالتسليم وإذا أقر البائع فليس له الرجوع عن الإقرار ولو رجع قبل التسليم ﴿ أو ﴾ كان التسليم بعد ﴿ الحكم بالبيئة أو العلم ﴾ الحاصل للحاكم أنه لنير البائع أو وقع التسليم بعد أن حلف الغير والمبيع في يده أن المبيع له في محضر الحاكم أو وقع التسليم بعد نكول البائع عن اليمين فهما وقع التسليم بعد أحد هذه الأمور فإن المشتري ﴿ يرجع بالثمن ﴾ على البائع ولكن يرجع عليه بالثمن المدفوع له لا العقود عليه فلو عقد بدراهم ثم دفع دنانير فإنه يرجع بالدنانير على البائع . أما لو ثبت للمشتري الرجوع ثم أقر للبائع بأن المبيع ملكه أى ملك البائع فليس له الرجوع بالثمن على البائع ، وأما إذا ضمن البائع للمشتري ضمان البرك كان للمشتري الرجوع على البائع بالثمن وبما غرم من بناء وغرس وغيرها مطلقاً سواء اشترى وهو عالم أن المبيع ملك الغير أم كان جاهلاً لذلك ، وسواء اعتاض فيما قابله كالمهر أم لا .. فإن لم يضمن : فإن كان المشتري عالماً أنه ملك الغير فلا يرجع عليه إلا بالثمن فقط وإن كان جاهلاً فإن اعتاض فيما قابله كالوطء ونحوه فلا رجوع على البائع إلا بالثمن وإن لم يمتض رجوع بكل ما غرم وحيث يثبت للمشتري أن يرجع بما غرم ، فكذلك يثبت الرجوع لو أرائته بما غرم بعد موت المشتري .

﴿ مسألة ﴾ وأما إذا ضمن البائع للمشتري ما لحقه في المبيع وعلقه بشيء من ماله كأن يقول: وجعلت لك الضمان في دارى الفلانية فإنه يبطل الضمان بهذا التعليق إلا أن يقول إن علم الله أنه يستحق عليك المبيع أو بمضنه فقد تمت أو نذرت عليك الآن بدارى الفلانية أو بغيرها منها أو نحو ذلك صح البيع أو النذر إذا استحق المبيع .

﴿ وا ﴾ ن ﴿ لا ﴾ يكن رد المبيع بإذن البائع ولا بالحكم بالبيئة أو العلم ولا بإقرار البائع أو نكوله أيضاً ولا بيمين الغير بل رد بإقرار المشتري أو نكوله عن

اليمين أو سنة من دون حكم أو قال اعلم أنه للبائع ﴿ فلا ﴾ يرجع المشتري على البائع بالثمن ولا بما غرم أيضا إذا كان المبيع في يده وسلمه على ما ذكر إلا أن للمشتري طلب اليمين من البائع بأنه لا يعلم ولا يظن أن المبيع للخير فإن حلف فلا شيء وإن رجع حكم عليه بالثمن ﴿ وما تلف منه ﴾ أى من المبيع قبل التسليم ﴿ أو استحق منه ما ﴾ يصح أن ﴿ ينفرد بالمقد ﴾ كثوب من ثوبين أو من ثياب أو نحو ذلك ﴿ فكما مر ﴾ في تلف الكل أو استحقاقه من أنه يتلف من مال البائع أو من مال المشتري على التفصيل المتقدم وما استحق منه رد لاستحققه على التفصيل المتقدم أيضا ، ويصح البيع في الباقي . وأما إذا كان التالف مما لا يصح أن ينفرد بالمقد نحو أن تتلف عين الدابة أو عين العبد أو أحد أعضائها فذلك عيب حادث قبل التسليم فيجوز فيه مجرى الميب كما مر .

﴿ فإن ﴾ تلف ما يصح إفراده بالمقد أو استحق تم ﴿ تعيب الباقي ﴾ بسبب ذلك ﴿ ثبت الخيار ﴾ للمشتري مع الجهل ، وذلك نحو أن يتلف أو تستحق إحدى فردتي النمل فإن قيمة الباقية تنقص لأجل انفرادها وتزيد بانضمام أختها إليها فيخير المشتري في الباقية لأجل تميمها إن شاء ردها وأخذ كل الثمن وإن شاء أخذها بمحصتها من الثمن فلا يرجع بما نقص من قيمتها لأنه لا أرش له مع الخيار ، وكذا لو لم يعميب الباقي إلا بالنظر إلى غرض المشتري فيثبت له الخيار نحو أن يتلف أو يستحق للخير ثور من ثورين للحرث أو زوجة العبد فله الخيار كما مر والقول قوله في غرضه مع يمينه ، فإن تلف ذلك البعض بخيانة المشتري أو بخيانة عبده أو بهيمته المقور فليس بميب فلا يرجع على البائع بشيء كما تقدم .

﴿ فرع ﴾ وإذا تلف المبيع أو بعضه قبل التسليم تلف من مال البائع كما تقدم سواء كان البائع قد عرض على المشتري القبض فامتنع أم لا .

﴿ ٢١٨ ﴾ (فصل)

في ذكر حكم بيع الموصوف إذا كان مشروطاً أو غير مشروط وخالف في الجنس أو في معظم المقصود أو في النوع أو في الصفة فتلك ثمان صور مع كونه مشاراً إليه وثمان مع كونه غير مشار إليه . وقد بينها الإمام عليه السلام وطوى بعضها في بعض بقوله : ﴿ ومن اشترى ﴾ شيئاً ﴿ مشاراً ﴾ إليه ﴿ موصوفاً ﴾ أى مذكوراً جنسه أو نحوه وليس المراد الصفة المخصوصة كأبيض ونحوه ﴿ غير مشروط ﴾ في العقد كونه على تلك الصفة ، مثاله : أن يقول بعت منك هذا البر وهو في الجوالق فكشفه فإذا هو شعير أو العكس ، وكذا لو قال هذه النعجة فإذا هو كبش ﴿ صح ﴾ العقد ﴿ وخير ﴾ المشتري ﴿ في المخالف ﴾ في الجنس أو في النوع أو في الصفة أو في غرض المشتري فإن شاء رضى به وإن شاء فسخ لمخالفته مع بقاء المبيع ومع التلف له الأرض و ﴿ مع الجهل ﴾ لفقدها لا مع العلم عند العقد أو القبض أو الاستهلاك فلا خيار له ، وأما مع الجهل فيثبت له الخيار ولو وجد المخالف على صفة أفضل من غرضه لأن العبرة بقرضه ، وأما البائع فلا خيار له سواء علم أم جهل مالم يحصل عليه تقرير .

﴿ فإن شرط ﴾ كون المبيع على تلك الصفة ، والمراد بالشرط العقد وهو أن يقول على أنه كذا وليس المراد أن يأتي بحرف الشرط^(١) فإذا كان المبيع مشاراً إليه والعقد على صفة ﴿ يخالف ﴾ ففي ذلك « أربع صور » : إما أن تكون المخالفة في معظم المقصود أو في الصفة أو في الجنس أو في النوع .

﴿ الصورة الأولى ﴾ قوله ﴿ في ﴾ مخالفة معظم ﴿ المقصود ﴾ أى في منافاته لمعظم الغرض ﴿ فسد العقد ﴾ مطلقاً سواء علماً أم جهلاً ولو كانت تلك المخالفة للغرض في الصفة فقط ، وذلك نحو أن يشتري رقيقاً على أنه عبيد للخدمة فيجده جارية

(١) وقد تقدم في خيار الشرط بيان ماهو العقد وما هو الشرط في فصل (٢٠٩) .

أو يشتري غنما على أنها نعام للتناج فيجدها خفولا وما أشبه ذلك .

(و) (الصورة الثانية) إذا كانت المخالفة (في الصفة) فقط مع الموافقة في الجنس والفرص . مثال ذلك : بعت منك هذه الغنم على أنها كباش فإذا هي نعام ، ومقصوده اللحم (صح) المقد (مطلقاً) سواء علما أم جهلا إذا انكشف أعلى مما شرط أو مساويا (و) أما لو انكشف أدنى (خير) المشتري (١) (في الأدنى) إن شاء رضى به وإن شاء فسخ . وله ذلك (مع الجهل) بالأدنى حال العقد والقبض ، فإن قبض ذلك علما بطل خياره ، وأما البائع فلا خيار له مطلقاً .

(و) (الصورة الثالثة) إذا كانت المخالفة (في الجنس فسد) العقد (مطلقاً) سواء علما أم جهلا وسواء سلم الأعلى أو الأدنى ، مثاله : اشتريت منك هذا الطعام على أنه برّ فإذا هو شمير ، وكان القياس أن يكون باطلا لأنه إذا بطل الشرط بطل المشروط ، ولكن للخلاف فيه جمل فاسداً لتثبت له أحكام الفاسد .

(و) (الصورة الرابعة) إذا كانت المخالفة (في النوع) نحو بعتك هذا العبد على أنه حبشي فإذا هو زنجي فسد العقد أيضا كالمخالفة في الجنس ، لكن (إن جهل البائع) كونه زنجيا لأنه لم يقصد بيّمه (وإ) ن (لا) يكن جاهلا بل علما أنه زنجي (صح) البيع سواء كان المشتري علما أم جاهلا (وخير المشتري) مع الجهل ، أو خالف فرضه سواء أعطى الأعلى أم الأدنى ، فله مع البقاء الخيار بين الرد والرضى ، فإن أتلفه علما فلا شيء كما لو كان علما حال العقد أو يوم القبض . وإن أتلفه جاهلا رجع بالارش . وهو ما بين القيمتين منسوبا من الثمن ، وأما إذا كان الوجود أعلى مما وصف ولم يخالف الفرض فلا خيار له ولو جهل كما أنه لا خيار له مع العلم ولو كان أدنى مما وصف .

(١) هذا مع البقاء ، ومع التلف يرجع بالارش وهو ما بين القيمتين منسوبا من الثمن اهـ .

ولما فرغ الإمام عليه السلام من بيان أحكام الموصوف - حيث يكون مشاراً إليه وقد ذكر أربعا من الصور إجمالا وأربعا تفصيلا - أراد أن يبين أحكام بيع الموصوف مع عدم الإشارة إليه ، وهو أنه لا يصح بيع غير المشار إليه إلا إذا كان موجوداً في الملك وكان من ذوات الأمثال أو من ذوات القيم وذكر صفته حتى يميز عن غيره أو كان لا يملك غيره من جنسه . قال الإمام عليه السلام : ﴿ فإن لم يشر ﴾ إلى المبيع ﴿ وأعطى ﴾ المشتري ﴿ خلافه ﴾ أى خلاف ما قد سماه ففيها أيضاً ثمان صور : أربع مع الشرط وهو أن يقول : إنه كذا ، وأربع مع عدم الشرط ، إلا أنه قد طوى ذكر بعض الصور في بعض .

﴿ الصورة الأولى ﴾ قوله ﴿ فى الجنس ﴾ أى إذا كانت المخالفة فى الجنس حيث سمي له جنسا وأعطاه جنسا آخر مخالفا لما سماه ^(١) نحو : أن يقول بعت منك عشرة آصع برأ بهذه الدراهم فأعطاه شميراً ، هذا مع عدم الشرط ، ومع الشرط نحو : أن يقول طعما على أنه بر فأعطاه شميراً فإن البيع فى الصورتين صحيح ﴿ و ﴾ حيث صح البيع ﴿ سلم البائع ﴾ إلى المشتري ﴿ المبيع ﴾ وهو عشرة آصع من البر إن كان موجوداً فى ملكه عند العقد وإلا كان فاسداً إن قابله نقد لأنه يكون من بيع المردوم ، فإن قابله غير نقد صح البيع لأنه يكون ثمنا والموجود مبيعا . قال ﴿ وما قد سلمه ﴾ البائع من الشمير ﴿ مباح ﴾ للمشتري إن سلمه ﴿ مع العلم ﴾ بأنه شمير ، والصحيح أنه لا يكون مباحا لأنه إباحة فى مقابل غرض باطل فتبطل ببطلانه فيكون فى يد المشتري كالنصب إلا فى الأربعة ، وفى سقوط الأثم فيرجع به على المشتري مع البقاء ومع التلف يرجع عليه بمثله أو بقيمته . قال الإمام : وما قد سلمه حكمه ﴿ قرض فاسد ﴾ إن سلمه البائع ﴿ مع الجهل ﴾ أنه شمير ، والصحيح أنه

(١) وكذا المخالفة فى القرض المقصود فيكون كالجنس اهـ .

يكون كما لو سلمه مع العلم كما تقدم إلا أنه لا يسقط الإثم عن المشتري إذا قبضه علما بأنه شعير .

﴿ الصورة الثانية ﴾ قوله ﴿ وفي النوع ﴾ أى إذا أعطى المشتري نوعا آخر غير الذى سعى وقت العقد ولم يخالف الغرض المقصود مع الإتيان بالشرط نحو أن يقول بعت منك تمرآ برنيا^(١) أو على أنه برنى فأعطاه تمرآ صيحانيا^(٢) ﴿ أو تكون المخالفة فى الصفة ﴾ ولم يخالف الغرض المقصود مع الشرط أو مع عدمه نحو أن يقول : بعت منك عشرة آسع برآ أحمر أو على أنه أحمر فأعطاه أبيض وحين تكون المخالفة فى النوع أو فى الصفة إما أن يكون ذلك السلم إلى المشتري باقيا فى يده أو تالفا فان كان باقيا ﴿ خيرا ﴾ معا بين أمرين ﴿ فى ﴾ ذلك ﴿ الباقي ﴾ إن شاء معا أو أحدهما أن يسلم البائع المبيع المسمى وقت العقد ويرد المشتري ما تسلم فعلا وهذا الأمر على جهة اللزوم وإن شاء معا أن يكون ذلك السلم هو المبيع وكأنه هو المبيع المسمى وقت العقد فعلا ولا يحتاجان إلى تجديد عقد آخر، وهذا الأمر على جهة المراضاة بينهما ولا يتحتم إلا الأمر السابق إذا اختار أحدهما خلاف ما اختاره صاحبه وهذا إذا كان المبيع موجوداً فى الملك وقت البيع وإلا فسد .

﴿ فرع ﴾ فإذا كان السلم باقيا فانهما بخيران فى الأمرين سواء علما أم جهلا أم علم أحدهما وجهل الآخر أن السلم هو غير المبيع ﴿ و ﴾ إذا كان قد تلف ﴿ ترادى فى ﴾ ذلك ﴿ التالف ﴾ إذا كان تلفه على وجه يضمن وإلا فهو أمانة ، وحيث يضمن يترادان فى ﴿ أرش الفضل ﴾ إذا كان التالف قيميا أو مثليا وعدم المثل أو تراضيا على القيمة فإن كان السلم أعلى رد المشتري ما زاد من قيمة انسلم على الثمن وإذا كان أدنى رد البائع ما بين القيمتين منسوباً من الثمن . ولا يكون الترادى إلا مع الجهل أى جهل المردود له فلو كان البائع علما بأن ما سلمه هو غير المبيع لم يرجع بزيادة الأمل .

(١) التمر البرنى أجود التمر اه (٢) نوع من التمر غير جيد اه

وكذا لو كان المشتري عالماً عند العقد أو عند القبض أو عند الاستهلاك لم يرجع بنقصان الأدنى .

﴿واعلم﴾ أن المشتري إذا اشترى طعاماً غير مشروط أو بذراً مشاراً إليه أو غير مشار يخالف في المقصود أو في الجنس أو في النوع أو الصفة فإنه يخير في الأدنى على التفصيل المتقدم، وكذا لو كان مشروطاً فخالف في الصفة أو في النوع فإنه يخير بين الرضا والفسخ وله الخيار في الأدنى وفي الأعلى على ما تقدم من التفصيل .

﴿وحيث يخير المشتري في﴾ المخالف ﴿الأدنى﴾ وكذا حيث يخير في المخالف الأعلى ﴿و﴾ كان ﴿قد بذر﴾ المشتري بما أعطيه من الأدنى أو الأعلى أو طحن ذلك أو ذبحه أو نحو ذلك من الاستهلاك الحكيم وكان ﴿جاهلاً﴾ عند أن بذر أو طحن أن ذلك يخالف لما تناوله العقد ﴿فله الخيارات﴾ الثلاثة: فإن شاء رجع بالأرض وهو ما بين القيمتين منسوباً من الثمن وهذا إذا عدم المثل في الناحية أو كان قيمياً . وإن شاء سلم للبائع النبات وسلم الأرض معها حتى يبلغ الحصاد ورجع على البائع بالثمن أو كراء الأرض وما غرم على ذلك الزرع إلى وقت التسليم وهذا فيما له حد ينتهي إليه من النبات كالقوم والبصل ونحوهما لا الفروس التي للدوام . وإنما صح رد التالف على البائع لكونه غر المشتري بذلك الاستهلاك حيث أعطاه المخالف، وهذان الخياران على جهة الحكم . وإن شاء رضى بما أعطيه وليس له الرجوع بما زاد من الثمن .

﴿مسألة﴾ فلو اشترى حباً للبذر ينبت فأعطاه البائع حباً قد أكلته السوس أو قد دفن وهو لا ينبت ثم بذره فله الرجوع على البائع بارش الميب وهو ما بين قيمته ينبت وقيمه لا ينبت منسوباً من الثمن .

﴿٢١٩﴾ باب البيع غير الصحيح

اعلم أن البيع ينقسم إلى ثلاثة أقسام : صحيح ، وقد سبق ذكره مع شروطه وأحكامه ، وباطل ، وفاسد . فالباطل هو ما أورث خلافاً في ركن البيع أو في محله ، والفاسد : هو ما أورث خلافاً في غير الركن والمحل « وبمباراة أخرى » البيع الباطل ما لا يكون مشروعاً أصلاً ولا وصفاً ، والبيع الفاسد ما كان مشروعاً أصلاً لا وصفاً ولكل منهما أحكام تخصه قد بينها الإمام عليه السلام في هذا الباب بقوله :

﴿فصل﴾

﴿ وباطله ﴾ أي وباطل البيع ما وقع على أحد أوجه خمسة : ﴿ الأول ﴾ : ما اختل فيه ﴿ شرط ﴾ الماقد ﴿ من موجب وقابل عن نفسه وعن غيره فهو باطل نحو أن يكون أحد المتماقدين صبيّاً غير مميز أو مجنوناً أو مكرهاً بغير حق أو مضطراً لجوع أو لمطش وغبن غبناً فاحشاً . أما السكران فإن كان غير مميز فمقده باطل وإن كان مميزاً صح المقد ولو غبن غبناً فاحشاً ، وكذا لو كان الماقد عبداً أو صبيّاً مميزاً غير مأذونين فإنه يكون باطلاً إلا أن تلحقه الإجازة .

﴿ الوجه الثاني ﴾ قوله ﴿ أو فقد ذكر الثمن أو المبيع ﴾ أو هما مما نحو أن يقول بعت منك ، أو بعت منك هذه الدار ، أو بعت منك بمائة فيقول اشتريت فهذا البيع يكون باطلاً ولو تقدمته مواطأة واتفقا على تعيين المبيع ومقدار الثمن ، إلا أن يقول بعت منك على ما قد وقعت عليه المواطأة أو كما قد باع فلان فإنه يصح .

﴿ الوجه الثالث ﴾ قوله ﴿ أو ﴾ اختل في المقد ﴿ صحة تملكهما ﴾ أي صحة تملك المبيع والثمن أو أحدهما لا يصح تملكه كأن يكون أحداً المتقايين خراً أو خنزيراً أو لحماً ميتة أو لا يملك لعدم نفعه كالدم والحشرات . فلو كان بعض الثمن مما لا يصح تملكه

كان البيع باطلا . وكذا لو كان أحد المتقابلين لا يصح تملكه لأحد المتعاقدين دون الآخر . واعلم أن العبرة في صحة التملك حال العقد ليخرج عصير العنب قبل أن يصير خمرأ فإنه يصح ويدخل بيع الوقت فإنه لا يصح ولو صح بيعه في المال وذلك حيث يصير إلى حال لا يفتنع به فيما عين فيه فإن العبرة بحال العقد .

﴿ فرع ﴾ فلو أبيعته الميتة لجماعة مضطرين فإن حكم بيعها بينهم كحكم بيع الرّبل لا يصح ولا يجوز .

﴿ الوجه الرابع ﴾ قوله ﴿ أو ﴾ اختل ﴿ النقد ﴾ أى الإيجاب والقبول ولو حصلت الرضاة فإنه يكون باطلا ، وكذا لو قال اعطنى كذا وخذ هذا عوضه فإنه باطل ^(١) إلا في المحقر فيصح ويكفى فيه ما اعتاده الناس في غير المحقر يكون البيع بالمعاطاة باطلا فلا توجب التملك بل إباحة بموضع وسواء كان ذلك في المنقول وغيره .

﴿ والوجه الخامس ﴾ « ما اقتضى الربا » فكل عقد وقع واقتضى الربا . فإنه يكون باطلا وقد سبق بيان ما يقتضى الربا في بابه .

﴿ والمال ﴾ وهو المبيع والتمن ﴿ فى ﴾ الوجه ﴿ الأول ﴾ وهو حيث اختل فيه الماقد ﴿ غصب ﴾ فى يد البائع والمشتري تجرى عليه أحكام النصب جميعها وفوائده

(١) ومن اختيارات إمام المصنف أنه لا يشترط فى البيع والإجارة وغيرهما من أنواع المعاملات الجارية على جهة المبادلة العقد بين المتبادلين بخصوص صيغ اعتبارها الفقهاء وألفاظ أنتاجها بل المناط فى نفوذ البيع وأضرابه هو رضا المتبادلين وإفتراقهما وهما راضيان أخذاً بظاهر الخطاب، فمن أى وجه استفدنا الرضا وأى طريق أدركناه فعلاً أو لفظاً أخذنا به فى الحكم بصحة المعاملة وثبوت الملك وما يترتب عليه المحقر وغيره فى ذلك سياتى لاجرد المادة فقط بل لظاهر الخطاب فلا يختص بالمحقر لاذ لم يرد دليل فى اعتبار خاص لصحة البيع ومسمى البيع والمبايعة هو التراضى الحاصل بين البيعين . ومما قاله المحقق المقلد بل الله ثراه منازعا من اشترط التلافظ فى غير المحقر : « وهذا بناء على أن مسمى البيع والمبايعة ونحوهما هى هذه الألفاظ ولا دليل لهم عليه بل العبرة الرضى بالمبادلة . والدلالة على الأخذ والإعطاء بأى قرينة والألفاظ التى شرطوها لإحدى القرائن فقط ولم يجرى بما قالوه كتاب ولا سنة » انتهى .

كفوائد النصب ﴿ و ﴾ حكم المال ﴿ في ﴾ الوجهين ﴿ التاليين ﴾ للوجه الأول ، وما حيث فقد ذكر الثمن أو المبيع أو حصة تملكهما ﴿ كذلك ﴾ أى يكون حكم المال وهو المبيع فى يد المشتري والثمن فى يد البائع بعد المطالبة حكم النصب فى جميع أحكامه كما فى الوجه الأول بلا استثناء ، وقبل المطالبة يكون مع فوائده كالنصب فى جميع وجوهه ﴿ إلا ﴾ أربعة أحكام فإنه يخالف النصب فيها : ﴿ الأول ﴾ : أنه يعطى ربحه ^(١) ، إذا باعه واشترى بثمنه شيئاً فباعه ورجع فيه طاب له الربح لأنه فى يده برضاء مالكه وسلطه عليه بخلاف النصب : ﴿ و ﴾ ﴿ الثانى ﴾ : أنه يبرأ من رد إليه ، فإذا غصبه غاصب ثم رده إليه يرى ذلك الغاصب برء العين إليه ، وكذا يرى برء القيمة إليه بعد التلف بخلاف النصب فلا يبرأ الغاصب الآخر إلا بالرد إلى المالك ﴿ و ﴾ ﴿ الثالث ﴾ : أنه ﴿ لا أجره ﴾ عليه ﴿ إن لم يستعمل ﴾ ولا يجوز له الاستعمال بوجه فإن استعمل لزمته الأجرة مدة الاستعمال فقط بخلاف النصب فإنها تلزم الأجرة وإن لم يستعمل . ﴿ و ﴾ ﴿ الرابع ﴾ : أنه ﴿ لا يتضيق ﴾ عليه ﴿ الرد ﴾ إلى المالك ﴿ إلا بالطلب ﴾ ويتضيق الرد إلى الوارث بموت المالك أو رده مع الحقوق بخلاف النصب ، وبعد أن يتضيق عليه الرد يكون فى يده كالنصب فى جميع وجوهه . ومما خالف فيه النصب أن للقابض من بائع ومشتري مطالبة الغاصب لو غصب عليه .

﴿ و ﴾ حكم المال ﴿ فى ﴾ الوجه ﴿ الرابع ﴾ من الأوجه التى يكون البيع فيها باطلاً وهو حيث اختل الإيجاب والقبول فإن حكم المبيع وفوائده فى يد المشتري والثمن وفوائده فى يد البائع غير مملوك لكنه ﴿ مباح بموضع فيصح ﴾ فيه أربعة أحكام يخالف الباطل فيها : ﴿ الأول ﴾ : أنه ينفذ ﴿ فيه كل تصرف ﴾ ولو وفقاً أو عقفاً ﴿ غالباً ﴾ يحترز من الشفعة به أو فيه فإن ذلك لا يصح لأنه غير مملوك ويحترز من الرطء للأمة فإنه لا يجوز لأنه لا يستباح بالاباحة ﴿ و ﴾ ﴿ الثانى ﴾ : أن للبائع

(١) هنا م علم الدائم لأم الجاهل فلا يعطى ربحه بل يتصدق به . اهـ .

﴿ ارتجاع الباقي ﴾ منه ما لم يستهلك حسا أو حكما فإن استهلك فلا ارتجاع له وليس للمشتري أن يرجع بما أنفق على المبيع لو أرجعه إلى البائع لأن الظاهر أنه أنفق ولم ينو الرجوع هذا إذا كان الفاسخ المشتري لا لو كان البائع فيرجع المشتري عليه بما أنفق على المبيع كما يأتي آخر الفصل ﴿و﴾ ﴿ الثالث ﴾ ان المشتري إذا استهلكه حسا أو حكما ولو أخرجه عن ملكه بالمبيع ونحوه وجب ﴿ فيه ﴾ للبائع ﴿ القيمة ﴾ أى قيمة يوم قبضه لأنه كلما قبض برضاء أربابه لاستهلاكه وجبت فيه القيمة يوم قبضه، فلو تلف البعض لزمّت قيمة التالف ورد الباقي عند الاسترجاع، وقد علم لهذا أن المبيع يتلف من مال المشتري فعليه القيمة وله رد الثمن من البائع لو تلف المبيع فلو تفاوتت القيمة والثمن لزم التراجع في الزائد وهذا إذا كان قيميا فإن كان مثليا ضمن بمثله ورجع بالثمن على البائع .

﴿و﴾ ﴿ الرابع ﴾ أنه ﴿ ليس ييما ﴾ فلو حلف لا باع لم يحنث بالمعاطاة ولو جرى العرف بتسميتها ييما لأن الحنث يتعلق بالحكم لا بالاسم . ومن أحكام المعاطاة أن البيع بها لا تلحقه الإجازة لأنه ليس بمقد ، ومنها أن البيع بها لا يدخله الربا لأنه ليس من البيع فى شىء وإنما هو إباحة بموضع .

فاسد البيع

﴿و﴾ أما ﴿ فاسده ﴾ أى فاسد البيع فهو ﴿ ما اختلف فيه شرط ﴾ أو أكثر من شروط صحة البيع ﴿ غير ذلك ﴾ أى غير ما ذكر من الشروط الأربعة التى باختلالها كان البيع باطلا، فإذا اختلف غيرها من الشروط كان البيع فاسداً نحو أن يكون الثمن أو المبيع مجهولا أو يكون العقد بغير لفظ ماض أو يتولى طرفي العقد واحد أو جهل مدة الخيار أو حصل فيه شرط مفسد . وكذا لو كان المبيع غير موجود

في الملك فسد في غير الصِّرف والسلم وأما فيهما فصحيح^(١).

﴿و﴾ اعلم ﴿أن البيع الفاسد ليس بمحرم ولذا فإنه ﴿يجوز عقده﴾ والدخول فيه « غالباً » احتراز من بيع اللحم بالحيوان وبيع اللبن في الصرع والصوف على جلد الشاة وبيع الثمار قبل صلاحها وغير ذلك مما نهى الشرع عن بيعه ، وقد تقدم بيانه ، وما عدا ذلك فيجوز عقده والدخول فيه ﴿إلا﴾ ما كان من الفاسد ﴿مقتضى الربا غرام﴾ فعله ولا يطيب ربحه لو وقع والدخول فيه وعقده ﴿باطل﴾ على الصحيح من المذهب سواء كان مجعماً على أنه ربا أم غير مجمع عليه .

﴿و﴾ العقد الباطل المقتضى للربا ﴿ماسواه﴾ من العقود الفاسدة ﴿فكاً﴾ لعقد ا ﴿لصحيح﴾ في جميع أحكامه إلا في سبعة أحكام :

﴿الاول﴾ : ﴿أنه معرض للفسخ﴾ إذا تراضيا على فسخه انفسخ^(٢) ، وإذا طولب بالفسخ ثم باعه أو وهبه بمد المطالبة صح ، ولكن الفسخ مع التراضي يحتاج إلى لفظ التفاسخ بالإيجاب والقبول ، ويغني القبض عن القبول ولا يكفي أن يرد كل واحد منهما لصاحبه ما قبض منه . وإذا تشاجرا فللحاكم الذي يقول بفساده أن يفسخه . واعلم أن حكم الحاكم يراد هنا لأحد وجهين : إما لقطع الخلاف أو لقطع الملك ، فإذا كان الفساد مجعماً عليه لم يحتاج إلى حكم قبل القبض لأنه لا ملك ولا خلاف ، وإن كان قد قبض احتيج إلى الحاكم بقطع الملك ، وإن كان الفساد مختلفاً فيه احتيج إلى الحاكم قبل القبض لأجل الخلاف ، وبعده لأجل الخلاف وقطع الملك .

﴿و﴾ المشتري بمقد فاسد إذا فسخ وجب رده بيمينه إن كان باقياً و ﴿إن﴾ كان قد ﴿تلف﴾ أو تعيب امتنع رده ووجب رد مثله أو قيمته إن عدم المثل أو كان فيميماً ، والمراد بقيمته يوم القبض لا قيمته يوم استهلاكه لأنه كلما قبض برضاء أربابه

(١) ولكن في الصرف لابد من التقاض قبل الافتراق .

(٢) والوارث أن يفسخ أيضاً اهـ .

وجبت فيه القيمة يوم قبضه كما تقدم في الماطاة .

﴿والأداة الفسخ﴾ بعد التلف أن للبائع الفوائد الأصلية إذا فسخ بالحكم وتلفت قبل تلف البيع أو حاله بمحابة أو تفريط فحينئذ يرجع على المشتري بمثل المثل وقيمة القهسي ، فإن لم يفسخ لم يستحق شيئاً . وأما التراجع في الزائد بين القيمة والتمن فإنه لازم سواء حصل فسخ أم لا .

﴿فرع﴾ وإذا فسخ الفاسخ فله المشتري حبس البيع حتى يعود إليه الثمن إذ هو له إذا أفلس .

﴿و﴾ ﴿الحكم الثاني﴾ أن المبيع في العقد الفاسد باق على ملك البائع ﴿لا يملك إلا بالقبض﴾ من المشتري أو وكيله ولو كان هو البائع فحق قبضه المشتري بعد البيع ﴿بالإذن﴾ من البائع ملكه ، ولا بد من إذن جديد بعد البيع أو حاله ، وقبض البائع للثمن ليس بإذن .

﴿فرع﴾ ويكفي قبض بعض المبيع في غير المنقول سواء كان متصلاً به أو منفصلاً عنه .

﴿و﴾ ﴿الثالث﴾ أن مملك بمقد الفاسد وجبت ﴿فيه﴾ لصاحبه ﴿القيمة﴾ لا الثمن أي قيمته يوم قبضه إذا كان الثمن أكثر من القيمة على البائع رد الزائد وإن كان أقل وجب على المشتري توفية القيمة ، ولو قبل التفاسخ ، فإن غاب مستحق الزيادة بقيت عند من هي عليه حتى اليأس ، وتم تصير للوارث ثم للفقراء ويلزم الإيصاء بها ، وله أن يسلمها إلى الإمام أو الحاكم . وحكم الزيادة في يد من هي عليه حكم الدين فتتضيق بالطلب وهذا مع علم من هي له . أما مع جهله فكالانصب .

﴿و﴾ ﴿الرابع﴾ أنه ﴿لا يصبح فيه الوطاء﴾ للآمة إذا اشترت بمقد فاسد فلا يجوز لأن ما اشترى بمقد فاسد صحت فيه . وجازت سائر التصرفات بعد قبضه ولو منعه البائ من التصرف أو طلب الفسخ لأنه لا يفسخ إلا بالتراضى أو بالحكم

إلا الوطء ، فلا يصح ولا يجوز فيه بأى حال ولو لم يفسخ .

﴿ و ﴾ ﴿ الخامس ﴾ أنه لا يثبت فيه ﴿ الشفعة ﴾ لأن البيع فيها مأخوذ بالثمن وفي الفاسد بالقيمة أما الشفعة به فتصح .

﴿ ز ﴾ ﴿ السادس ﴾ أنه لا يصح فيه ﴿ القبض بالتخليه ﴾ بل لا بد في قبضه من القبض الحقيقي وهو يكون بنقل جميع ما ينقل والتصرف فيما لا ينقل ولو في بمضه تقدم في الحكم الثانى ، والمراد بالتصرف فى الأرض المرور فيها فإنه كاف .

﴿ والسابع ﴾ أنه إذا غرم المشتري فى البيع من حرث الأرض أو نحوه ثم وقع التماسخ فيه ، فإنه إن كان هو الفاسخ فلا يرجع على البائع بما غرم ولو كان الفسخ بالحكم ، وإن كان الطالب للفسخ هو البائع رجع عليه بما غرم كما مر .

﴿ فصل ﴾

﴿ ٢٢٠ ﴾

فى بيان فوائد البيع فى العقد الفاسد ان تكون إذا فسخ ، وبيان ما يمنع الرد ، وبيان ما يترتب على الفاسد : أما بيان فوائده على جهة الإجمال . ﴿ فاعلم ﴾ أنها إذا حدثت قبل القبض فعلى للبائع مطلقاً . وإن حدثت بعد القبض ، فالفرعية تطيب للمشتري مطلقاً سواء فسخ بالحكم أم بالتراضى متصلة حال العقد أم لا ، وسواء تلف البيع قبلها أم بعدها أم العيبس الحال . والفوائد الأصلية إن فسخ بالتراضى طابت للمشتري مطلقاً سواء تلف البيع حساً أو حكماً قبلها أم بعدها ، وإن كان الفسخ بالحكم ، فإن تلف البيع قبلها حساً أو حكماً أو التيبس وقت تلفه أو امتنع الرد بأى وجه طابت للمشتري وإن تلف بعدها أو معها فعلى للبائع .

وأما بيان ذلك على التفصيل فقد أوضحه الإمام عليه السلام بقوله : ﴿ والفوائد الفرعية ﴾ كالأجرة والزرع وكسب العبد وغير ذلك ﴿ فيه ﴾ أى فى المشتري بمقد فاسد إذا حصلت ﴿ قبل الفسخ ﴾ فعلى ﴿ للمشتري ﴾ وكذا ربحه ، وذلك حيث

يشترى بالمبيع سلعة ثم يبيعها بأكثر من ثمن البيع فإنه يطيب له البيع ولو فسخ البيع الأول إذا بيع الثاني لا يمنع الفسخ وإنما يمنع الرد .

﴿ و ﴾ أما فوائده ﴿ الأصلية ﴾ كالصوف^(١) والولد واللبن التي لم يشملها العقد فإنها تكون في يده ﴿ أمانة ﴾ فلو فسخ العقد وقد تلفت لا بتفريط لا بضمئها وبتفريط يضمن كما في الأمانة لكنها تخالف الأمانة في أنه يجوز له الانتفاع بها والتصرف فيها والعبرة بالانكشاف فلو باعها ثم فسخ العقد امتنع رد عينها كالأصل وفيها المثل أو القيمة . أما النفقة على الفوائد فتكون على من استقر له الملك كما في خيار الشرط ويؤمر بالإتفاق عليها من هي في يده .

﴿ و ﴾ من أحكام الفوائد الأصلية أنها ﴿ تطيب ﴾ للمشتري ﴿ بأحد أمرين ﴾ : ﴿ الأول ﴾ ﴿ بتلفه ﴾ أى المبيع ﴿ قبلها ﴾ فإذا تلف الأصل حساً أو حكماً قبل تلفت الفوائد طابت للمشتري ، فلو فسخ بالعقد لم يجب عليه للبائع إلا قيمة الأصل يوم القبض سيواء تفاسخا في التالف بالحكم أو بالتراضى ولو كانت الفوائد باقية لأنه قد استقر البيع بتلف المبيع ، فإن كان التالف بهض المبيع حصصت القيمة .

﴿ و ﴾ ﴿ الأمر الثاني ﴾ أنها تطيب للمشتري ﴿ بفسخه ﴾ بالرضى ﴿ فقط ﴾ فلا يجب عليه ردها سواء كانت متصلة حال الفسخ أم منفصلة ، لأن الفسخ بالرضى فسخ للعقد من حينه فإن فسخ بالحكم رده بفوائده الأصلية لا الفرعية .

﴿ و ﴾ من أحكام الفوائد الأصلية إذا فسخ البيع أنها تطيب للمشتري عند

(١) وقد حصر الفوائد الفرعية والأصلية نظماً العلامة إسحق بن محمد المبدى في قوله

ألا فاحفظوا حصر الفوائد موجزاً	وتعدادها نظماً فما النثر كالنظم
(فروعها) زرع كنا مهر نيب	وكسب لعبد والكبرى ياذوى الفهم
كنا مهر بكر حيث كان لزومه	لها بوطه قال حسنا أولو العلم
فان كان مهر البكر بالوطه لازماً	فأصلية كالد والصوف في الحكم
ومثلها الأولاد أيضاً وممكننا	نمار وأرض للجنابة في الجسم

ما يمنع رد عين المبيع بأحد أمور مما يأتي : « فنها » أنه يمنع رد عينه تلفه وهو استهلاكه حسا ﴿ و ﴾ « منها » أنه ﴿ يمنع رد عينه ﴾ أيضا وفوائده الأصلية ﴿ الاستهلاك الحكمي ﴾ على أى وجه فيجب بعد الحكم بالفسخ القيمة ، وقد نظم الإمام خمسة عشر وجها للاستهلاك الحكمي بقوله :

وقف وعقق وبيع ثم موهبة غرس بناء وطحن ذبحك الحلأ^(١)

طبخ ولت وصبع حشو مثل قبا^(٢) نسج وغزل وقطع كيفما فعلا

فن اشترى شيئا بمقد فاسد ثم وقفه أو أعتقه بعد قبضه امتنع رده، وكذا لو باعه بيما صحيحا أو فاسدا ولو عاد إلى ملكه امتنع رده مالم يعد إلى الملك بما هو نقض للعقد من أصله ، وكذا إذا وهبه أو غرس الفصن المشتري ولو فسد أو بى على العرصة أو غرس فيها امتنع رد ذلك ولو أزيل الفرس والبناء عن العرصة فإن أحاط ببعضهما من جميع الجوانب كان استهلاكا لذلك البعض ، وكذا لو اشترى طعاما فطحنه ، أو حيوانا فذبحه ، أو لحما فطبخه ، أو سويقا فلتته ، أو حجارة فبناها ، أو ثوبا فصبغته ، أو قباء قبل أن يحشى فخشا وخاطه ، أو غزلا فنسجه ، أو قطننا فغزله ، أو ثوبا فقطعه قميصا امتنع رد العين والفوائد الأصلية في جميع ذلك سواء فسخ العقد بحكم أم بغير حكم وحينئذ تجب القيمة . « ومنها » الجناية على المبيع فإنها تمنع رد عينه وكذا الزيادة المتصلة لو كانت بغير فعله كالسمن والكبر ، وإنما امتنع رد عين المبيع في كل ذلك إذا كان الفسخ بالحكم أما لو كان بالتراضي فيصح الفسخ ورد البيع

(١) الحمل اسم لولد الضأن إذا ظم ورعى وقوى كالخروف الصنبر : الجمع حملان وأحمال. ولا معنى له هنا إذ المراد ذبح أى حيوان ما كقول كان اه .

(٢) القبا : ثوب يلبس فوق الثياب، جمه أقبية « كالصاية في عرفنا » والمعنى خاطلقبا حاشية. قال في الأثمار : « درز مثل قبا » وهى أولى من عبارة الأزهار لأن مجرد الحشو بلا خياطة لا يكتفى، يقال درز الثوب أى خاطه خياطة متلزمة فى الناية : والنسبة درزى بفتح الدال جمه درزة، والعامة تضم الدال وتقول درزى جمه دروز اه .

مع الزيادة أو النقصان مع أرض أو بغير أرض .

قال الإمام عليه السلام: ﴿ ويصح كل عقد ترتب عليه ﴾ أى على العقد الفاسد، يعنى أنه يصح أن يقع كل عقد بعده وللمقد الثانى صفته من الصحة والفساد وكذا يصح أن يقع بعده كل إنشاء إلا المارية والرهن فينقضان يبطلان العقد الذى ترتب عليه لو بطل . فالمقد ﴿ كالنكاح ﴾ نحو أن يشتري جارية بمقد فاسد فينكحها غيره بعد القبض فإن النكاح صحيح وكذا لو باعها كان البيع صحيحاً ﴿ و ﴾ إذا فسخت الجارية بحكم وقد أنكحها المشتري غيره انفسخ البيع و ﴿ يبقى ﴾ النكاح ويكون مهرها للمشتري . وعبرة الفتح وشرحه أوضح وهى : « ويثبت حكم كل إنشاء ترتب عليه » كأن يشتري جارية بمقد فاسد فينكحها أو يبيعها أو يؤجرها بعد القبض فإنه يصح « حتى يفسخ » البيع ثم يرتفع ذلك المرتب « إلا النكاح فيبقى » ولا يفسخ . هكذا ذكره الإمام فى الأزهار والنيث والبحر . ﴿ و ﴾ كذا يثبت ﴿ التأجير ﴾ بعد العقد ﴿ الفاسد ﴾ ويكون له حكم ما عليه من الصحة والفساد ﴿ ويفسخ ﴾ إذا فسخه البائع بالحكم أو بالتراضى فإن رضى ببقاء الاجارة كان له الأجرة من يوم فسخ البيع . قال فى النيث وحاشية السحولى ما معناه : « والفرق بين أن يثبت حكم كل إنشاء ترتب على العقد الفاسد وبين ما تقدم فى الميوب أنه يبطل الفسخ بالحكم كل ما ترتب عليه - أن فى الميوب العقد مستند إلى العقد الأول وقد بطل ، وفى الفاسد مستند إلى الإذن وقد حصل ذلك فهو مسلط عليه بالتصرف ولهذا لم يبطل » .

﴿ و ﴾ للمتعاقدين فى العقد الفاسد ﴿ تجديده ﴾ على الوجه الصحيح فيكون صحيحاً بلا فسخ ﴿ للمقد الأول الفاسد لأن تجديد العقد يكون فسخاً وعقداً سواء وقع قبل القبض أم بعده .

باب المأذون ﴿٢٢١﴾

﴿فصل : ومن أذن لـ﴾ مميزه من ﴿عبد أو صبيه﴾ أو من هو وصى عليه ﴿أو سكت^(١) عنه في شراء أى شيء﴾ من الأشياء حال كونه «عائلاً» أن المميز قد عقد وأن سكوته إجازة وعلم المأذون بذلك الإذن لأنه وكيل والوكيل يشترط علمه ﴿وصار﴾ ذلك المميز ﴿مأذوناً﴾ في ذلك الذى أذن له فيه أو سكت عنه وصار أيضاً مأذوناً ﴿في شراء كل شيء﴾ غير ذلك ﴿وبيع ما شراه أو عومل ببيعه﴾ بغنى استؤجر عليه بمضاربة أو استئجار . فلو أذن السيد لعبده في التجارة في جنس من الأجناس كان ذلك إذناً في شراء سائر الأجناس وبيع ما شراه وإذناً في إجارته حتى إن له أن يؤجر نفسه . أما العبي فليس له أن يكرى أو يؤجر من مال نفسه أو وليه إلا بإذن خاص .

﴿فرع﴾ وإذا أذن الولي لمميزه بالتصرف فإن كان في مال التميز اعتبرت المصلحة وإن كان في مال غيره فطلقاً لكن إن تناول الإذن البيع فلا عموم وإن تناول الشراء أفاد العموم كما هو منطوق الأزهار والبيان .
و ﴿لا﴾ يجوز له ﴿غير ذلك﴾ فليس له أن يبيع شيئاً لم يشتره ولا عومل ببيعه ﴿إلا بخاص﴾ أى إلا بإذن خاص من سيده ﴿كبيع نفسه﴾ أى العبد ﴿ومال سيده﴾ فليس له أن يبيع نفسه ولا مال سيده إلا بإذن يخصهما نحو أن يقول وقد أذنت لك تبيع مالى أو تتجر في مالى أو نحو ذلك .

﴿فصل﴾ ﴿٢٢٢﴾

﴿وللمأذون﴾ في التجارة ﴿كل تصرف جرى العرف لثله بمثله﴾ نحو أن يبيع

(١) إذا كان المراء لنفسه من طعام ونحوه لالو شرا العبد للسيد أو الغير فلا يكون السكوت إذناً كما لو تزوج لنفسه وسكت السيد .

بالنقد والمؤجل وأن يزيد في الثمن وينقص قدر ما يتفان الناس بمثله ، وله أن يوكل
 ويهرن ويرهن . وليس له أن يهدى ولا يضيئ ولا يعير الدابة للركوب ولا يهب
 ولا يقرض ولا يضمن بمال ولا يبدن ولا يسافر إلا إذا جرت المادة بمثل ذلك لمثله
 صح ولا فرق بين العبد والصغير في ذلك ﴿ وما لزمه ﴾ أى العبد في ذلك فهو على
 ضريين « جناية » و « معاملة » فاما ﴿ بمعاملة ﴾ من يبيع أو شراء أو نحوهما برضاء
 أهله وإذن مولاه ﴿ فدين يتعلق برقبته وما في يده ﴾ ما لم يكن وديعة أو غصبا
 ﴿ فيسلمهما ﴾ أى رقبة العبد وما في يده ﴿ المالك ﴾ وللغرماء البيع للعبد بما لهم عليه
 ﴿ أو ﴾ يسلم ﴿ قيمتهما ﴾ للغرماء أو يسلم أحدهما بقيمة الآخر والخيار في كل ذلك
 لمولاه ، وأما الصغير ففي ذمته أو ماله لأنه متصرف عن نفسه لا عن وليه .

﴿ و ﴾ يجوز ﴿ لهم ﴾ أى الغرماء ﴿ استسماؤه ﴾ بجميع الدين ثم يرجع إلى المالك
 بعد الوفاء ، وإن شاءوا استسموه بالقدر الزائد ثم يباع ببقية الدين ونفقته من كسبه ،
 وتكون ولاية البيع وكذا الاستسما إلى السيد أو الحاكم إن تمرد من تسليمه
 أو قيمته . وهذا ﴿ إن لم يفده ﴾ المالك إذ لو فداء فليس لهم بيع ولا استسما ولكن
 يقدر كم يستفديه المالك : فالذى صحح للمذهب أنه « بالأقل من قيمته أو الدين والزائد »
 على القيمة إلى الدين يكون « في ذمة العبد » ﴿ فإن هلك ﴾ العبد قبل إختيار الفداء
 أو تلف ما في يده ﴿ لم يضمه ﴾ السيد ﴿ ولو ﴾ كان قد طول بتسليمه فتمرد ثم
 هلك ﴿ بعد تمرد ﴾ فإن كان في يده مال تعلق به دين الغرماء ﴿ وإن استهلكه ﴾
 أى استهلك السيد ذلك العبد وقد لزمه دين ﴿ فبغير البيع ﴾ كالقتل والعرق والوقف
 ﴿ لزمته القيمة ﴾ أى لزمه للغرماء الأقل من قيمته وما في يده وقت الاستهلاك أو الدين
 ﴿ وبه ﴾ أى وباستهلاكه بالبيع يلزمه القدر ﴿ الأوفى ﴾ للغرماء ﴿ منها ﴾ أى من
 القيمة ﴿ ومن الثمن ﴾ فإن كان الثمن يوفى الغرماء أو أكثر من القيمة سلمه لهم وإن
 كانت القيمة توفى الغرماء أو لا توفىهم ولكنها أكثر من الثمن فيسلم القيمة ولا يلزم

السيد إلا ذلك ﴿ ولهم ﴾ أى للفرءاء ﴿ النقض ﴾ للبيع بأمر الحاكم ﴿ إن ﴾ كان السيد قد قبض الثمن ثم ﴿ فوته ﴾ مع كونه ﴿ معسراً ﴾ وليس لهم نقض المتق والوقف بل لهم أن يستسموا العبد إذا كان السيد معسراً ﴿ و ﴾ ما لزم العبد سواء كان مأذوناً أم مكافئاً أم لا ﴿ بفصب ﴾ غصبه على أهله وأتلفه ﴿ أو ﴾ أخذه برضاهم حال كونه مكلفاً غير مأذون لكنه جرى منه ﴿ تدليس ﴾ عليهم بأنه مأذون فى ذلك الشيء وليس بمأذون فإن ما لزمه من هذين الأمرين يكون دين ﴿ جنابة ﴾ بمعنى أن العبد جان فى ذلك ولدين الجنابة أحكام تفارق دين المعاملة فيها وهى أربعة : ﴿ الأول ﴾ أن الجنابة ﴿ تعلق برقبته فقط ﴾ أى لا بما فى يده بخلاف دين المعاملة فإنه يعلق برقبته وما فى يده ﴿ والثانى ﴾ أن السيد يغير بين إمساك العبد وتسليم الأرض أو تسليم العبد بجنابته لأنها تعلق برقبته ﴿ فيسلمها المالك ﴾ أى يسلم رقبة العبد إن اختار ذلك ﴿ أو ﴾ يسلم ﴿ كل الأرض ﴾ بالفا مابلق إذا أحب بقاء العبد له ، وسواء كانت جنابة العبد على نفس أم على مال والخيار له فى هذين الوجهين . ﴿ و ﴾ ﴿ الثالث ﴾ أنه ﴿ يتمين ﴾ الأرض وتنقل رقبة العبد إلى ملك مولاه فى دين الجنابة ﴿ إن اختارها ﴾ أى قال اخترت رقبة عبدى ولو جاهلاً كون ذلك استهلاكاً ، وسواء كان موسراً أم معسراً فيلزمه الحاكم بيع العبد ويقضيه المجنى عليه ، وكذا فى دين المعاملة فهو لا يخالف دين الجنابة فى هذا الحكم ﴿ أو استهلكها ﴾ بعتق أو بيع أو وقف أو هبة ﴿ عالماً ﴾ أن عليه دين جنابة . ويكون ذلك الاستهلاك كاللفظ بالاختيار فيتمين الأرض ولو جهل أنه يلزمه بالاستهلاك . فإن كان جاهلاً للدين لم يكن ذلك اختياراً منه للفداء لكن قد استهلكه فتلزمه قيمته فقط أو الأرض إن كان أقل فإن بقى شيء من الأرض كان فى ذمة العبد يطالب به متى عتق كدين المعاملة ، والمبرة بقيمته وقت الاختيار أى الاستهلاك .

﴿و﴾ ﴿الرابع﴾ أن الجناية ﴿تلزم﴾ العبد ﴿الصغير﴾ فيضمنها وتعلق برقبته حيث وقعت بغصب أو نحوه لا لو وقعت بتدليس منه، وإذا لم تقع بتدليس فتلزمه بخلاف دين المعاملة فإنه لا يلزمه لأن من عامل الصغير فقد وضع ماله في مضیعة . وكذا الصبي الحر حيث غصب لا حيث داس . وهذه الأحكام الأربعة في دين الجناية ﴿عكس﴾ دين ﴿المعاملة﴾ ما عدا الحكم الثالث فيتفقان كما تقدم .

﴿و﴾ إذا باع السيد عبده وعليه دين معاملة ودين جنایة لم يخص بضمنه أحدهما بل يخص بينهما ﴿ويستويان في ثمنه﴾ ولو زاد الثمن على القيمة^(١) . وأما ما كان في يده فيختص به دين المعاملة . ﴿و﴾ إذا كان عليه دين وعلى سيده دين كان ﴿غرماءه أولى به﴾ وبضمنه وبما في يده ﴿من غرماء مولا﴾ لأنه كالرهن معهم . ﴿ومن عامل﴾ عبداً أو حراً ﴿محجوراً﴾ نوع معاملة نحو أن يضاربه أو يودعه أو يستأجره ﴿عالمًا﴾ بحجره ﴿أو جاهلاً لا لتقرير﴾ من العبد ﴿لم﴾ يكن له أن يضمن الكبير ﴿ولا يطالبه بما لزمه عن تلك المعاملة﴾ في الحال ﴿وإنما يطالب العبد به إذا أعتق وسواء أتلفه بغير رضا أربابه كمال المضاربة أو برضائهم كالقرض ﴿ولا﴾ يضمن ﴿الصغير مطلقاً﴾ لا في الحال ولا بعد عتقه ﴿وإن أتلف﴾ أى لو أودع الصبي وأتلف المال لم يضمنه متى عتق لأن صاحب المال سلمه إلى مضیعة .

﴿فصل﴾

﴿٢٢٣﴾

﴿ويرتفع الاذن﴾ للعبد مطلقاً والصبي المميز الحر ﴿بأحد أمور ستة﴾ ﴿الأول﴾ ﴿محجره العام﴾^(٢) لجميع التصرفات وكذا لو أطلق المحجر كان عاماً

(١) وفي ذلك تفصيل لا حاجة لإيراده لفظة وقوع ذلك اهـ

(٢) شامراً لا إذا كان سراً فيكون حجباً في حق من علم لا من جهل كما يأتي اهـ

لا لو حجره عن شيء مخصوص لم يرتفع الإذن إلا في لك الشيء دون غيره . فإن حجر الحاكم على السيد أو على ولي المتصرف في مال وليه صار العبد والصبي محجورين بذلك ما لم يكن على أيهما دين معاملة فإن كان فله قضاؤه ولا يدخل في حجرى السيد أو الولي . ﴿ و ﴾ ﴿ الثانى ﴾ ﴿ بيعة ونحوه ﴾ فإذا باعه سيده جيمه أو بمضه أو نقله من ملكه بأى وجه ارتفع إذنه ولوعاد إلا ملكه بما هو نقض للعقد من أصله ، فلو باعه وكان الخيار له أو له والمشتري لم يرتفع الإذن . ﴿ و ﴾ ﴿ الثالث ﴾ ﴿ عتقه ﴾ فإذا أعتقه السيد ارتفع الأذن وكذا لو كاتبه أو وقفه على غيره ارتفع الأذن لا لو دبره أو أجره أو رهنه فإن ذلك لا يرفع الأذن وكذا الاستيلاء لا يرفع الأذن . ﴿ و ﴾ ﴿ الرابع ﴾ ﴿ إباحه ﴾ وكذا جنونه وردته مع الحقوق ﴿ و ﴾ ﴿ الخامس ﴾ ﴿ غصبه ﴾ فإذا غصبه على سيده غاصب ارتفع الأذن كما لو أبى فيصير محجورا ﴿ حتى يعود ﴾ من الإباق أو النصب ، فإذا عاد إلى سيده رجع مأذونا ﴿ و ﴾ ﴿ السادس ﴾ يرتفع إذن العبد بموت سيده ﴿ وأذن الميز بموت وليه لأنه قد انتقل ملكه .

﴿ والجاهل ﴾ لحجر المأذون ﴿ يستصحب الحال^(١) ﴾ في الحجر فقط فن علم أن العبد أو الميز مأذونا ثم وقع الحجر ولم يعلم به بقى حكم معاملته في استصحاب الحال حكم معاملة المأذون في الجواز والتعلق برقة العبد وما في يده والقول قوله في عدم العلم .

﴿ وإذا وكل ﴾ العبد ﴿ المأذون ﴾ له في التجارة ﴿ من يشتره ﴾ من سيده ﴿ عتق في ﴾ العقد ﴿ الصحيح بالعقد ﴾ نفسه وهو مجرد شراء الوكيل وإن لم يقبضه ﴿ وفى ﴾ العقد ﴿ الفاسد ﴾ لا يمتق بمجرد العقد الفاسد وإنما يمتق ﴿ بالقبض ﴾ والمعتبر قبض الوكيل بإذن السيد لأن الحقوق تتعلق بالوكيل ، فإذا أمره الوكيل

(١) في المعاملات كما هنا لا في الامتداد والأخبار فلا يستصحب الحال كما تقدم آخر فصل (٢١٣)

بأى تصرف كان قبضاً ، وكذا لو أمره بقبض نفسه ، ثم تصرف أى تصرف ولو بالقيام صح القبض . ﴿ و ﴾ إذا صح شراء الوكيل له وعقّق بالمقد أو بالقبض فإنه ﴿ يفرم ﴾ العبد ﴿ مادفع ﴾ الوكيل من مال سيده فهو من مال السيد صار إليه فيبقى الثمن في العقد الصحيح ، أو القيمة في الفاسد في ذمة الوكيل يرجع بها السيد عليه والوكيل يرجع على العبد ﴿ و ﴾ إذا عتق المأذون بذلك الشراء كان ﴿ الولاء للسيد ﴾ كما لو كاتبه .

﴿ و ﴾ أما ﴿ المحجور ﴾ إذا وكل من يشتريه فإنما يعتق ﴿ بإعتاق الوكيل إن شاء ﴾ اعتاقه وإلا بقي رقيقاً لأن توكيله باطل وصح الشراء للوكيل ، وهذا إذا لم يضاف إلى الموكل ، فإن أضاف صار العقد موقوفاً على إجازة العبد . ﴿ و ﴾ إذا أعتقه الوكيل ، وكان المال الذى دفعه هو من مال السيد فإنه ﴿ يفرم ﴾ لسيد الأول ﴿ مادفع ﴾ من ماله وهو الثمن ﴿ بدمه ﴾ أى بعد العتق لأن ما غصبه بعد العتق يضمه . وتفصيل ذلك على الوجه الصحيح للمذهب أن يقال: إن ما أخذه العبد قبل أن يملكه السيد الآخر فلا يطالب به لأنه لا يثبت للسيد على عبده دين وما أخذه بعد ملك السيد الثانى له فدين جنائية كما تقدم ، فإن أخذه بعد العتق كان حكمه حكم المنصب ﴿ والولاء ﴾ في هذه الصورة ﴿ له ﴾ أى للوكيل لأنه المعتق .

﴿ ٢٢٤ ﴾ باب المراجعة

﴿ هى ﴾ عقد يوجب ﴿ نقل المبيع بالثمن الأول ﴾ الذى اشترى به ﴿ وزيادة ﴾ على ذلك ، وهى الربح الذى يريد أن يربحه ﴿ ولو ﴾ كانت الزيادة ﴿ من غير جنسه ﴾ يعنى من غير جنس الثمن ﴿ أو ﴾ نقل ﴿ بمضه ﴾ يعنى بمض المبيع ﴿ بمحضته ﴾ من الثمن ﴿ وزيادة ﴾ على تلك الحصة .

والراجعة تكون على أحد وجهين : إما فى جميع المبيع ، وإما فى بمضه : فإن كانت

في جميعه فذلك ظاهر . وإن كانت في بعضه والمبيع مختلف نحو أن يشتري ثوبين مختلفين والتمن غير متميز . فإن الطريق إلى معرفة ثمن البعض أن يقوم البعض الذي ستكون المراجعة فيه على انفراده ثم الباقي كذلك ثم تضم القيمتان ثم ينسب ثمن المراجعة فيه إلى مجموع القيمتين ، فأتى رابح بحصته من الثمن ، مثاله : أن يكون ثمن الثوبين ثلاثين درهما ويريد أن يربح في الأدنى منهما ، فإذا قوم الأدنى بمخسة عشر درهما ، والأعلى بثلاثين صار المجموع خمسة وأربعين درهما ، فنسبة قيمة الأدنى إلى ذلك هي ثلث فتكون حصته من الثمن الثلث وذلك عشرة ، فعند المراجعة تكون الزيادة على العشرة ، وأما إذا كان المبيع موزوناً أو مكيلاً أو مذروماً أو معدوداً مستويا فلا يحتاج إلى تقويم ، وكذا لو كان الرابح فيه بمضا مشاعاً أو كان بعضه متميزاً فلا يحتاج إلى تقويم ، وهذا إذا لم يقصد الحيلة كان يشتري كل ثوب بدينار ويرابح في الأدنى ويبين وإلا فلا يجوز لأنها حيلة .

وتكون المراجعة إما ﴿ بلفظها ﴾ إذا جرى به عرف نحو رابحتك هذا برأس مالى وهو كذا وزيادة كذا ﴿ أو لفظ البيع ﴾ كبعت منك هذا برأس مالى وهو كذا وزيادة كذا ، وتصح أيضا بلفظ التولية^(١) مع جرى العرف به .

﴿ و ﴾ أما ﴿ شروطها ﴾ فهي ﴿ أربعة ﴾ :

﴿ الأول ﴾ : ﴿ ذكر كمية الربح ورأس المال ﴾ نحو بعت منك هذا برأس مالى وهو كذا وزيادة كذا ، فلا بد من ذكر الكمية ﴿ أو معرفتهما ﴾ إياها أى إذا لم تذكر فلا بد أن تكون معروفة عند البيعين ﴿ أو ﴾ عند ﴿ أحدهما ﴾ فهما كانا عارفين لها مما صح وإن جهلاها معا لم يصح ، فإن جهل المشتري وعرف البائع صح والمشتري الخيار ، وإن جهل البائع وعرف المشتري صح ولا خيار .

ولا بد أن تكون معرفتهما أو أحدهما ﴿ إياها حالاً ﴾ أى حال العقد نحو أن

(١) والتولية هي البيع برأس المال بدون زيادة . وستأتى اهـ .

يكون الثمن قد عرف ﴿ تفصيلاً ﴾ كائة درهم أو مائة مد أو نحو ذلك ﴿ أو ﴾ يكون قد عرف ﴿ جملة ﴾ حال العقد ثم ﴿ فصلت ﴾ الاجلة بعد العقد أو بعد الافتراق عن المجلس . وقد مثل الإمام لما يعرف جملة ثم تفصيلاً بقوله ﴿ كبر رقم صحيح ﴾ أى كأن يكون قدر الثمن قد رقم برقم ثم وقع البيع على ما فى الرقم وهما لا يملكانه تفصيلاً فانه يصح ولكن لا بد أن يكون الرقم صحيحاً نحو أن يكون الراقم له أحدهما أو غيرهما ممن يشقان به كما قد اعتيد رقم الصكوك لدى كتاب معتبرين وذكر قدر الثمن فيها فإذا وقع البيع على ما فيها صح ولكن لا بد أن يكون الرقم مما يمكن أن ﴿ يقرأ ﴾ عربياً أو عجمياً أو علامة يعرف بها الثمن فلو ذهب أو انطمس أو ضار لا يمكن الاطلاع عليه كان كما لو لم يرقم فلا يصح البيع .

﴿ و ﴾ ﴿ الشرط الثانى ﴾ ﴿ كون العقد الأول صحيحاً ﴾ فلا تصح المراجعة فى فاسد إذ لا يملك فيه إلا بالقيمة وهى مجهولة لاختلاف المقومين وحينئذ يكون الثمن غير معلوم . قال فى الفتح : « إلا بعد تقدير القيمة » وبيانها قدرأوصفة برضى البائع « أو حكم الحاكم » بصحة الفاسد صحت المراجعة إذ قد ارتفع الجهل وعرف ما يسلمه المشتري .

﴿ و ﴾ ﴿ الشرط الثالث ﴾ ﴿ كون ﴿ الثمن مثلياً ﴾ حتى يسلم مثله ﴿ أو قيمياً ﴾ قد ﴿ صار إلى المشتري ﴾ الثانى ﴿ وراجح فيه ﴾ مثاله : أن يكون امرر كتاب فيشتريه زيد بثوب ثم يبيع زيد الكتاب الذى قد صار إليه فيشتريه بكر ثم يريد بكر أن يشتري الثوب الذى قد صار لعمرو ويكون ثمنه الكتاب المذكور وزيادة فيصح أن يراجح بالكتاب لأنه لا جهالة حينئذ إذ أنه يراجحه بعين ذلك القيمي وزيادة . وقد سمى القيمي هنا ثمنًا مجازاً إذا القيمي يكون مبيعاً دائماً . ﴿ والشرط الرابع ﴾ أن يكون عقد المراجعة صحيحاً فلا تصح بعقد فاسد كذلك .

﴿ ٢٢٥ ﴾ (فصل)

في ذكر أحكام المراجعة . ﴿ و ﴾ ﴿ اعلم ﴾ أن على من أراد أن يبيع شيئاً مراجعة فلا بد لجواز ذلك أن ﴿ يبين ﴾ البائع ﴿ وجوباً ﴾ للمشتري أموراً ليذهب الخداع ويجوز المراجعة لا لتصح فليس البيان شرطاً للصحة « فيها » : ﴿ تمييه ﴾ أى تسيب المبيع سواء كان العيب متقدماً أم حادثاً من فعله أم من فعل غيره ولو بآفة سماوية باقياً أم قد زال . ﴿ و ﴾ « منها » ﴿ نقصه ﴾ إذا كان قد انتقصت صفته معه ، أما لو نقص قدره فيراجع في الباقي بمحضته من الثمن فلو بين ما نقص من قدره وراجع في الباقي بجميع الثمن جاز . ﴿ و ﴾ « منها » ﴿ رخصه ﴾ الأولى « غلاؤه » إذا كان يوم الشراء غالباً وقد صار رخيصاً عند المراجعة فعليه أن يبين غلاءه . ﴿ و ﴾ « منها » ﴿ قدم عهده ﴾ أى أن له مدة طويلة منذ شراء وهذا إذا كان لتقادم العهد تأثير في انتقاص ثمنه . ﴿ و ﴾ « منها » ﴿ تأجيله ﴾ إذا شراء بثمن مؤجل على وجه لا يقتضى الربا فلو أجله مثل ذلك الأجل لم يجب البيان وهذا حيث لم يكن للأجل تأثير إذ لو كان له تأثير فلا تصح المراجعة . ﴿ و ﴾ « منها » أن يبين أن ﴿ شراؤه ممن يحاييه ﴾ نحو أن يشتري من ولده ووالده أو نحوهما ممن لا يكره له الزيادة في الثمن .

﴿ تنبيه ﴾ إذا لم يبين المشتري الأول لمن يراجعه جميع ما تقدم ذكره كان عاصياً بذلك وينعقد البيع ويثبت الخيار للمراجِع في جميع ما تقدم .

﴿ و ﴾ من اشترى شيئاً بثمن ثم حط عنه البائع بعضه لم يجز له أن يراجع به إلا و ﴿ يحط ما حط عنه ولو ﴾ حصل الحط ﴿ بعد العقد ﴾ أى بعد عقد المراجعة حصل حط البائع الأول . وهذا إذا كان الحط قبل قبض الثمن وكان بلفظ الحط أو الإبراء أو الإسقاط أو الإحلال لا لو كان بعد قبض الثمن أو كان بلفظ الهبة أو نحوها فإنه

يراجع بالكل، وكذا لو كان الإبراء من الكل فلا يلحق بالعقد وله أن يراجع برأس المال وزيادة ولا يلزمه الخط .

﴿ وتكره ﴾ المراجعة ﴿ فيما اشترى بزائد ﴾ على قيمته ﴿ رغبة ﴾ فيه والكرامة للحظر مع عدم التبيين لكنه ينعقد البيع ويثبت الخيار مع التبن .

﴿ ويجوز ﴾ للمشتري الأول ﴿ ضم المؤن ﴾ التي غرم فيها كالقسارة والخياطة والكرام وأجرة السمسار وكسوة العبد ونفقته سواء كانت للنساء أم للبقاء، ولكن عليه أن يقول قام على بكذا ليكون أبعد عن الكذب ولا يقول اشتريته بكذا . نعم ؛ ويجوز له ضم المؤن كما تقدم ولو تولاه بنفسه فإنه يضم المعتاد وكذا ما تبرع به له أن يضمه، وكذا يجوز له أن يضم ما سلم من المجبى ولو كان زائداً على المعتاد . وقول الإمام عليه السلام ﴿ غالباً ﴾ يحتز مما غرمه البائع على نفسه من ضيافة وغيرها ومن غرامة الدواء لدى الشجة الحادثة بعد العقد فإنه لا يضم ما غرم، وكذا ما استفاد به من اللصوص إلا إذا بين ذلك جاز، فأما لو أخذ أرش الشجة فإنه يسقط بقدرها من الثمن .

﴿ مسألة ﴾ لو حدث مع المشتري فوائد أصلية أو فرعية لم يمنع استهلاكها من المراجعة في أصل المبيع إذ هي نقل المبيع بالثمن الأول وزيادة وقد حصل ولا يلزمه تبين ذلك .

﴿ ومن ﴾ اشترى شيئاً في بلد بموزون يخالف موزون بلد المراجعة و ﴿ أغفل ذكر ﴾ نوع ﴿ الوزن ﴾ عند المراجعة كأن قال اشترت مني برأس مالى وهو كذا رطلاً وزيادة كذا رطلاً ولم يذكر مقدار الرطل كذا أوقاً، فإذا كان رطل البلدين مختلفاً ﴿ اعتبر في وزن رأس المال بموضع الشراء وفي ﴾ وزن ﴿ الربح بموضعه ﴾ أى بوزن موضع الربح، ويكون للمشتري الخيار حيث جهل عند العقد أن وزن رأس المال يخالف وزن الجهة . فلو اشترى سلعة من الهند بموزون أو مكيل أو مندرع

أو معدود^(١) وباع السلعة في اليمن كان رأس المال باعتبار مقادير الهند والربح باعتبار مقادير اليمن والمشتري الخيار لو جهل، وكذلك لو كان الاختلاف في النقد^(٢).

﴿واعلم﴾ أنه إذا اشترى رجل ثلث دار بألف وآخر اشترى ثلثها بألف ومائتين وآخر اشترى ثلثها بألفين ثم باعوها جميعاً مرابحة بربح ثلاثمائة مثلاً. فإن لكل واحد منهم من رأس المال بحسب ما دفع ﴿وهو﴾ أى الربح يكون تقسيمه ﴿بين الشركاء﴾ في البيع ﴿بحسب الملك﴾ أى بقدر الحصص في البيع فيكون لكل واحد من الربح مائة في هذا المثال لأن الربح ﴿لا﴾ يقسم حسب ﴿الدفع﴾ أى لا يعطى من الربح بقدر ما دفع من رأس المال. وهذا حيث كان المبيع بربح كذا بدون تخصيص، فأما لو كانت المرابحة على كل مائة خمسة دراهم مثلاً فإن تقسيم الربح يكون على حسب الدفع لكل مائة خمسة دراهم. ﴿والعكس﴾ من رأس المال ﴿حصته﴾ من الربح. فإذا كان لأحد من الشركاء من رأس المال مائة وعشرون فإن للمائة خمسة والعشرين درهماً واحداً في هذا المثال.

﴿مسئلة﴾ ويجوز بيع الخسارة كالمرابحة وهى أن يبيع بناقص عن رأس ماله فيقول بعتك كذا على خسارة كذا أو برأس مالى ونقصان كذا فيصح ولو باع إلى البائع منه ما لم يقصد الحيلة للتوصل إلى الربا فلا يصح مع قصد الحيلة كما تقدم.

﴿فروع﴾ ويكون الخسر بين الشركاء بحسب الدفع لا بحسب الملك لثلاث تفرق حصة أحدهم: مثاله أن يشتري رجل نصف السلعة بثلاثين درهماً، والآخر يشتري نصفها بمشرة ثم يبيعاها على مخاسرة عشرين فإن الخسر يكون بينهما أرباعاً فيعطى الذى دفع الثلاثين خمسة عشر والذى دفع العشرة يعطى خمسة لأنه دفع ربع رأس المال

(١) كأن يكون عدد الكورجة في الهند غالياً لعددتها باليمن مثلاً اهـ.

(٢) حيث كان الريال أو الجنيه بالهند غيرهما في اليمن اهـ.

فيكون عليه ربع الخسر ، فلو قسم الخسر على حسب الملك لكان عليه عشرة وهي جميع ماله ولذا كانت المخامرة على خلاف المراجعة .

﴿ ٢٢٦ ﴾ (فصل)

﴿ والتولية كالمراجعة ﴾ في جميع مامر ﴿ إلا أنها ﴾ بغير زيادة بل ﴿ بالثمن الأول فقط ﴾ وتنفذ التولية بلفظ البيع وينعقد البيع بلفظ التولية في باهيا ، وأما في غير باهيا فلا ينعقد إلا أن يجري عرف بأن لفظ التولية يفيد التملك . مثال التولية : أن يقول وليتك ويقبل الآخر ولو لم يذكر الثمن لأنه في حكم المنطوق به كما في الإقالة ولكن مع معرفتهما القدر أو أحدهما لأن حكمهما حكم المراجعة في معرفة قدر الثمن وجهله وفي مسألة الرقم وغير ذلك مما تقدم . ﴿ و ﴾ في أنه ﴿ يجوز ضم المؤن ﴾ فيها إلى رأس المال ﴿ كما مر ﴾ وقد خص الإمام ضم المؤن بالذكر لثلاث يتوهم من قوله فقط أنها لا تضم .

﴿ والخيانة ﴾ إذا وقعت من البائع على المشتري ﴿ في عقدها ﴾ أي في عقدي المراجعة والتولية وكذلك في عقد المخامرة ، والخيانة في العقد هي عدم التبين لأي أمر مما تقدم في أول الفصل السابق كالمراجعة ذلك الرابع فيه بأكثر من قيمته رغبة فيه ولم يبين أو اشتراه مؤجلا ثم باعه معجلا أو قد تعيب عنده أو قد نقص أو كان شراؤه ممن يحاييه كوله أو قد تقدم عهد المبيع ولم يبين أي هذه الأمور المشتري فإن ذلك خيانة ﴿ توجب الخيار ﴾ للمشتري ﴿ في ﴾ المبيع ﴿ الباقي ﴾ إما أن يرضى بذلك ولا أرش أو يفسخ « ولا أرش في » المبيع « التالف ولو بعضه » فيمتنع رد الباقي وإن أتم البائع لعدم البيان « إلا الميب » فهما انكشف أن في المبيع عيبا ولو من البائع الأول فإنه يفصل فيه كما مر في خيار العيب بفصل « ٢١٢ » .

﴿ وحاصل ذلك ﴾ إن كان الميب باقيا جميعه ثبت الخيار ولا أرش ، وإن تلف .

بعضه ثبت في الجميع الأرض وامتنع رد الباقي لثلاث تفرق الصفقة على البائع ، وإن تلف جميعه ثبت الأرض مع الجهل لا مع العلم .

﴿ فرع ﴾ فلو حصلت فوائد للبيع في خيار الخيانة وفقد الصفة فإنها تكون كما في خيار الشرط يجب ردها ولو بغير حكم .

﴿ و ﴾ الخيانة ﴿ في الثمن و ﴾ في ﴿ البيع و ﴾ في ﴿ المساومة ﴾ هي ﴿ كذلك ﴾ أى حكمها كالخيانة في عقدى الرابحة والتولية في أنها توجب الخيار المشتري كما تقدم .
﴿ فالخيانة في الثمن ﴾ نحو أن يشتري شيئاً بعشرة ثم يقول بعته منك برأس مالى وهو خمسة عشر ﴿ والخيانة في البيع ﴾ نحو أن يشتري شيئاً ويستهلك بعضه ويراجع في الباقي بشمن الجميع موهاً أنه لم يذهب منه شيء ، أى لم يبين ما قد ذهب منه .

﴿ والخيانة في المساومة ﴾ وهى البيع حيث لم يأت بلفظ التولية ولا المراجعة ولا لفظ رأس المال . والخيانة فيها ائمان البائع أو من المشتري ﴿ فالخيانة من البائع ﴾ اما في الثمن أو في المبيع ففي الثمن نحو أن يومم البائع المشتري أن رأس مال السلعة خمسة عشر وهى عشرة فيقول بعت منك بخمسة عشر ولم يقل رأس مالى ، وفي المبيع نحو أن يقول البائع للمشتري إن الصبرة عشرة أمداد وهى أقل ثم يبيعها منه جزافاً في هاتين الصورتين البيع صحيح غير أن البائع عاص بالفرد .

﴿ والخيانة من المشتري ﴾ إما في الثمن أو في المبيع : ففي الثمن نحو أن يومم البائع أن الذى في يده من الدراهم خمسة عشر وهى عشرة فيقول اشتريت منك هذا بهذه التى في يده فيقول بعت . وفي المبيع نحو أن يعزل من الزمان خمس عشرة حبة ثم يقول للبائع بعت منى هذه العشرة التى قد عزلتها بعشرة دراهم فيقول بعت ، فهذه صور أربع في الخيانة في المساومة وقد تقدمت صورتا الخيانة في الثمن وفي المبيع . وفي جميع هذه الثلاثة لن وقعت عليه الخيانة الخيار مع بقاء المبيع إما أن يرضى بتلك الخيانة أو يفسخ كما ص ﴿ و ﴾ لكن يجب في هذه الثلاثة ﴿ الأرض في التالف ﴾ وليس

بأرش حقيقة فحيث الحيانة من البائع في الثمن يرد الخمسة الزائدة على الثمن للمشتري ، وفي المبيع يرد من الثمن بتدر ما نقص من المبيع . وحيث الحيانة من المشتري اما في الثمن فيلزم أن يوفي الثمن إلى قدر ما ذكر أنه في يده . وأما في المبيع فعليه أن يسلم قيمة الخمس الرمانات الزائدة للبائع ، فلو تلف بعض المبيع ثبت الأرش في الباقي والتالف ويمتنع الرد .

﴿واعلم﴾ أنه إذا وقعت الحيانة في الرابحة من البائع في الثمن فع التالف يرد الزائد من الثمن ، وأما الربح فيطيب له كله إلا إذا كانت الرابحة على كل قدر من الثمن قدره من الربح لزم حينئذ أن يسقط من الربح بقدر ما يسقط من الثمن بسبب الحيانة .

باب الإقالة

﴿٢٢٧﴾

الإقالة على جهة الإجمال لا خلاف أنها مشروعة ، لما ورد عن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من أقال مسلماً بيمته أقال الله عثرته » (١) رواه أبو داود وابن ماجه وصححه ابن حبان والحاكم وهو عنده بلفظ « من أقال مسلماً أقال الله عثرته يوم القيامة » . وقد ورد بلفظ « مَنْ أقال نادماً » أخرجه البزار ، وفي الباب ما يشده من الأحاديث الدالة على فضل الإقالة . وحقيقتها شرعاً : رفع العقد الواقع بين المتعاقدين .

وأما على جهة التفصيل فمندنا ﴿إنما تصح﴾ بشروط ستة :

﴿الاول﴾ أن يأتي المقييل ﴿بلفظها﴾ وهو أن يقول أقلتك أو قايلتك أو تقابلنا أو لك الإقالة أو لك القيلة أو أنت مقال ، وكذا أقالك الله حيث جرى به

(١) كناية عن اللطف والتثبت يوم القيامة اهـ .

عرف. وقد جمع السيد صارم الدين ما يعتبر فيه لفظه مجمعا عليه أو مختلفا فيه حيث قال :

شهادة شفعة حكم حوالتهم مع الإقالة ثم الصرف والسلم
كتابة ثم تكبير وتلبية ثم التقارض فيها اللفظ يلتزم
وتصح بالكتابة وبالإشارة من الأخرس والمصمت ومن السكران المميز . فإن أتى
بغير^(١) لفظها وهو يمكنه النطق به لم تلحقه أحكامها . وأما انقضاء العقد فيصح بما
جرى به العرف كقوله أبطلنا العقد أو رفعناه أو فسخناه أو خذ حقاك وأنا آخذ حق
أو نحو ذلك ولو بلفظ مستقبل ، فمع حصول القبول أو القبض يكون فسخا ولكن
لا يكون بيما في حق الشفيع ولا غيره فلا تثبت له الشفعة . فلو ادعى الشفيع أن
المقيل أقال بلغظها وقال البيعان تقابلنا بغير لفظها كان القول قوله حيث تصادقا على
الإقالة ، بخلاف ما إذا ادعى الإقالة وقال البيعان تفاسخنا فعليه البينة لأن الإقالة صفة
على مدعىها البينة .

﴿ تنبيه ﴾ جرت العادة عند كثير من الناس أن يقول البائع بعت وأنا مقال
إلى يوم كذا ، وكذا المشتري قد يقول اشتريت وأنا مقال أولى الاقالة إلى يوم كذا ،
وقد عرف من قصدتم أن ذلك خيار شرط بلفظ الاقالة لكن إذا كان إلى يوم معلوم
كان البيع والشرط صحيحين . فإن قال اشتريت منك وإن سلمت ما عندك إلى يوم
كذا فأنت مقال ، فإن كان مراد المشتري الرقبة ولا غرض له إلى الغلة وحدها كان
البيع صحيحا وإن كان مراده الغلة وحدها فهو بيع الرجاء المعروف المتضمن للربا فلا
يجوز ولا يصح .

هذا ﴿ واعلم ﴾ أن الاقالة تصح مشروطة بالشروط المستقبلية ولو بمجهولة بزمان
أو مكان كإسائي ، ويدخل في ذلك تعليق الاقالة برد مثل الثمن إلى المشتري أو من يقوم

(١) وهي الوسيلة إلى إسقاط الشفعة قبل الطلب اهـ .

مقامه وهو بيع الرجاء المعروف. قالوا فيؤخذ من هنا صحته ما لم يكن فيه ما يقتضى الربا كأن يريد المشتري التوصل إلى الغلة فقط ولا غرض له في أخذ رقبة المبيع فإن التبس القصد عمل بالعرف، فإن التبس أولاً عرف حمل على الصحة لأن العقد إذا احتمل وجهي صحة وفساد حمل على الصحة « نعم ^(١) » وحيث يصح تعليقها برد مثل الثمن يكون الحق فيها للبائع، فإن قال لك ولوارثك أو أطلق ورث عنه ذلك الحق .

﴿ الشرط الثاني ﴾ أن تقع الاقالة ﴿ بين المتعاقدين ﴾ الأولى بين المالكين ولو وكلا في العقد أو الاقالة . وتصح أن تكون بين الوليين بمصلحة تحصل لا الوكيل ولا الفضولي فلا تصح منهما الاقالة . وكذا الفسخ أما إذا وكل بالاقالة أو الفسخ صح وإنما لم تصح من وكيل البيع أو الشراء لأنه ينعزل بالفعل الأول فلا بد من توكيل في الاقالة إذ لا يكفي التوكيل بالمقد . فلو كان الماقد وكيلا لغيره بالبيع أو الشراء صح الاقالة . وكذا الفسخ ممن وكله لأنه المالك ولئن ذلك لا يصح من الوكيل لو فعله .

﴿ مسألة ﴾ ويصح الالتزام بالاقالة أو الفسخ نحو أن يقول ألزمت نفسي الاقالة أو الفسخ لفلان في كذا وتصح من صبي بلغ فيما باعه وليه قبل بلوغه وكذا من مجنون أفاق ولا يعتبر بقاء الولي . نعم ؛ أما لو مات أحد المالكين فلا تصح الاقالة من الوارث ولكن إذا وصى بالاقالة أو الفسخ لزم الوصي ذلك فإن امتنع ناب الحاكم عن الوصي .

﴿ الشرط الثالث ﴾ أن تقع الاقالة ﴿ في مبيع باق ﴾ فلو كان قد تلف جميعه حساً أو حكماً لم تصح إلا أن يتراضيا على تسليم القيمة صح ذلك، أما لو تلف بمضه فإنها تصح في الباقي ويقسم الثمن على قدر القيمة ^(٢) حيث لم تتميز الأثان، فلو نقص المبيع

(١) من المجموع شرح القاضي عبد الله العنسى رحمه الله اهـ .

(٢) لعله إذا أمكن تقويم التلف اهـ .

نقصاناً غير مميز نحو أن تهزل البهيمة أو يذهب بصرها أو نحوهما صحت الاقالة إذا هو عين المبيع ولم ينقص منه ما يمكن تقسيط الثمن عليه . وتصح الاقالة في البعض أيضاً ولو كان جميع المبيع باقياً .

﴿ الشرط الرابع ﴾ أن يكون المبيع على حاله ﴿ لم يزد ﴾ فإن كان قد زاد زيادة حسية لا يمكن فصلها وذلك كالكبر وزيادة الثمن والشجر وصبغ الثوب وقصارته ودبغ الأديم ونحو ذلك فلا تصح الاقالة ، وكذا لو زاد ثم عاد إلى حالته الأصلية كما لو هزل بعد الثمن فلا تصح ، ولو زاد بعضه دون بعض صحت الاقالة فيما لم يزد ويقسم الثمن على قدر القيمة إذا لم تسكن الأثمان متميزة ، فأما لو زاد زيادة معنوية كتعليم الصنعة والشفاء من الألم فلا تمنع الاقالة ، وكذا لو زاد زيادة حسية يمكن فصلها كالصوف والولد والتمر فلا تمنع الاقالة : أما الفسخ فيصح ولو كانت الزيادة مما لا يمكن فصله .

﴿ مسألة ﴾ من استقال في شيء ثم وجد فيه عيباً حدث عند المشتري فله رده كما لو اشتراه منه سواء كانت الاقالة بيعاً أو فسخاً إذا الواجب في الفسخ رد المبيع كما قبض .

﴿ الشرط الخامس ﴾ أن يعتبر فيها القبول من الآخر بعد الإيجاب أو تقدم السؤال أو قبض الآخر ما هو له في مجلس الاقالة أو مجلس علمها لأن مجلس العلم في حق النائب كمجلس اللفظ في الحاضر ، فلا يصح من الحاضر في غير مجلسها وكذا من النائب في غير مجلس علمه .

﴿ الشرط السادس ﴾ أن تُفع الاقالة بعد البيع فلا تصح بعد البيع ولو أضيفت ^{قبل} إلى بعده . ﴿ نعم ومن أحكام الاقالة وكل فسخ ﴾ أن يرجع المشتري على البائع بالثمن الأول فقط ﴿ من غير زيادة ولا نقصان ﴾ ولو سكت عنه ﴿ ولم يذكره عندها لأن الاقالة فسخ فيرجع لكل ما يملك . وهذا حيث يكون الثمن قيمياً باقياً أو مثلياً ولو قد تلف فيرد مثله . أما لو كان قيمياً تالفاً فلا تصح الاقالة لتمذر رد

الثمن وكذا لو نسي الثمن لم تصح أيضاً، وهكذا في كل فسخ إذا نسي الثمن امتنع الرد لأن من حق الفسخ أن يرد الثمن لا أقل ولا أكثر .

﴿ ويلغو شرط خلافه ﴾ فلو شرط أحدهما في الاقالة خلاف الثمن وأنى بالشرط على وجه العقد نحو أن يقيله على أن يحط عنه من الثمن كذا أو يزيد كذا فإن هذا الشرط يلغو . ﴿ و ﴾ كذا ﴿ لو ﴾ شرط خلاف الثمن ﴿ في الصفة ﴾ نحو أن يكون قد دفع دراهم سوداء فأقاله على أن يرد مثلها بيضاء فإن الشرط يلغو وتصح الاقالة ولا يلزمه إلا الثمن، وهذا إذا أتى بالشرط على جهة العقد فلو أتى به على جهة الشرط المحض كأن يقول إن زدت كذا أو نقصت كذا بطلت الاقالة .

﴿ وهى ﴾ أى الاقالة ﴿ بيع في حق الشفيع ﴾ يعنى أنها متى حصلت بلفظها في عقد صحيح كان لمن له سبب أن يشفع المستقيل ولو بطلت شفيعته في البيع لأنها تجدد له حق الشفعة، وكذلك لو لم يملك السبب إلا بعد البيع قبل الاقالة لأن الاقالة إذا كانت صحيحة وتابعة لعقد صحيح فهي بمنزلة عقد آخر، فلو أقاله وأسقط عنه بعض الثمن كان للشفيع أن يشفع بالمدفوع . وإذا كان مالكا للسبب من قبل البيع ولم تسقط شفيعته في عقد البيع فله أن يشفع بمدفوع من شاء كما أو تنسخ المبيع ولا يشترط أن تكون الاقالة بعد قبض المشتري لأنهم لا يعتبرون القبض في حق الشفيع كما سياتى في الشفعة^(١) إلا في الصرف والسلم فإن الاقالة فيهما قبل القبض تكون فسخا ولو في حق الشفيع فلا تصح الشفعة . وصورته أن يكونا شريكين في السلم أو الصرف فأقال أحدهما المسلم إليه أو المصروف إليه فيشفع الآخر من الشريكين فلا تصح الشفعة في ذلك لأنها فسخ . أما لو عين المسلم إليه وقت حلول أجله في شيء مشترك . ثم وقع التقابل فشفع الشريك فالقياس الصحة وليس هذا من الصرف

(١) عند قول الإمام « ولا بالتقابل » في فصل (٢٤١) ١

قبل القبض إذ لو كان من الصرف قبل القبض لما صححت الشفعة في المبيع قبل قبضه مع أنها تصح .

﴿واعلم﴾ أن الإقالة في العقد الفاسد تكون فسخاً ولو في حق الشفيع فلا تصح الشفعة ولو وقعت الإقالة بعد القبض لأنها فسخ في الفاسد مطلقاً . والإقالة عندنا ﴿فسخ في غيره﴾ أي في حق غير الشفيع تكون الإقالة فسخاً لا بيعاً ولو كانت تابعة لمقد صحيح سواء وقعت قبل القبض أم بعده ولو في الصرف والسلم . وحيث إنها فسخ فلها أحكام الفسخ لا أحكام البيع ، وقد ذكر الإمام منها ﴿سبعة أحكام﴾ ﴿الأول﴾ من أحكامها قوله : ولكونها فسخاً ﴿فلا يعتبر﴾ أن يقبل في ﴿المجلس﴾ لأن ذلك إنما يعتبر في البيع وهذا الحكم إنما يثبت ﴿في﴾ القابل ﴿الغائب﴾ عن مجلس الإقالة فيصح له أن يقبلها في مجلس علمه بها ولو لم يكتب ولو لم يرسل إليه إلا بعده فلا يصح أن يقبل . وهذا بخلاف البيع فإنه إذا أخبر أن فلاناً باع منه كذا لم يصح إلا أن يكتب أو يرسل إليه رسولا ، وهنا يكفي العلم ولو لم يكتب ولم يرسل إليه وهذا هو الفرق بين البيع والإقالة ، وإذا حصلت فوائد في الوقت الذي بين الإقالة والقبول فتكون للمشتري إذ لا تصح الإقالة إلا بعد القبول . نعم ؛ أما إذا كان حاضراً في المجلس حال الإقالة فقام من غير قبول كان هذا إعراضاً فلا يصح أن يقبلها بعده وإن كانت فسخاً .

﴿والثاني﴾ إذا وقعت الأقالة من فضولي فحيث إنها فسخ ﴿لا تلحقها الإجازة﴾ من أحد البيعين ولا من كليهما وحيث لا يصح أن تلحقها الإجازة فلا شفعة لكن إذا كانت عقداً صححت . وتفصيل ذلك أن الإجازة لا تلحق مطلقاً إذا كانت غير عقد وإن كانت عقداً لحقت مطلقاً في حق الشفيع وغيره .

﴿والثالث﴾ حيث إنها فسخ ﴿تصح﴾ من المشتري ﴿قبل القبض﴾ للمبيع

ولو جملناها فيما لم تصح لكن في حق الشفيع قد جعلت الإقالة قبل القبض بيماً وصحت
الشفعة كما تقدم . ﴿و﴾ ﴿الرابع﴾ لو باع المستقيل فحيث إنها فسخ يصح ﴿البيع﴾
ولو وقع ﴿قبله﴾ أى قبل القبض ﴿وبعدها﴾ أى بعد الإقالة ولو جعلت بيماً لما صح
إلا بعد القبض . ولما كانت فسخاً صح البيع قبله وكذا الهبة والنذر والصدقة تصح
أيضاً . وإذا تلف المبيع بعد الإقالة وقبل قبض البائع تلف من مال المشتري سواء
جعلت بيماً أم فسخاً وكذلك في كل فسخ كان رافعاً للعقد من حيثه .

﴿والخامس﴾ حيث إنها فسخ تصح ﴿مشروطة﴾ بالشروط المستقبلية ولو كان
الشرط مجهولاً بزمان أو مكان إذا حصل الشرط قبل حصول أحد الموانع ويدخل في
الشرط المجهول زمانه تطبيق الإقالة برد البائع متى أيسر مثل الثمن إلى المشتري
أو ما يقوم مقامه . وهذا هو بيع الرجاء المعروف في صنماء الثمن ونواجبها فيؤخذ من
هنا صحته ما لم يكن فيه ما يقتضى الربا كما تقدم في أول الباب .

﴿والسادس﴾ حيث إنها فسخ فيصح فيها ﴿تولى واحد طرفيها﴾ بالولاية
أو الوكالة لا بالفيضلة ، وصورة الولاية أن يبيع رجل من آخر وبعد البيع يجنان فإن
وليها تصح منه الإقالة ، وهذا بخلاف ما إذا جعلت بيماً .

﴿والسابع﴾ حيث إنها تصح فسخ فإنه ﴿لا﴾ يصح أن يرجع عنها
المبتدى بها ﴿قبل قبولها﴾ من الآخر وسواء كان الآخر حاضراً أم غائباً لأن الرجوع
عن الفسوخات لا يصح . وهذا بخلاف ما لو جعلت بيماً .

﴿واعلم﴾ أن للإقالة حيث إنها فسخ ﴿أربعة أحكام﴾ غير ماسبق « منها »
اختلاف الصاعين فلا يعتبر فيها ، « ومنها » أنها تصح بماض ومستقبل ، « ومنها »
أنها إذا شرط فيها خلاف الثمن جنساً أو صفة أو أكثر لم يلزم ذلك . وتصح الإقالة
إذا كان عقداً لا شرطاً فلا تصح ، « ومنها » أنه لا يدخلها خيار الرؤية ولا خيار

الشرط ، وأما خيار العيب فيدخل إذا حدث عند المشتري والبينة عليه أنه حصل عند المشتري .

﴿ ومن أحكام الإقالة ﴾ إذا وقعت ﴿ بغير لفظها ﴾ أو كانت تابعة لمقد فاسد فإنها ﴿ فسخ في الجميع ﴾ أى فى حق الشفيع وغيره . ﴿ و ﴾ إذا تقابل البيعان فى البيع بعد مدة ، وقد حدثت فيه فوائد كانت تلك ﴿ الفوائد للمشتري ﴾ سواء كانت بيعاً أو فسخاً وسواء جاء بلفظها أم بلفظ الفسخ ، وسواء حدثت الفوائد قبل قبض المشتري أم بعده لأن الإقالة رفع للمقد من حينه ، وسواء كانت الفوائد فرعية أم أصلية متصلة أم منفصلة وقت الإقالة ويلزم بقاؤها للصالح بلا أجره إذا كانت زرعاً أو عمراً .

باب القرض

﴿ ٢٣٨ ﴾

﴿ اعلم ﴾ أن القرض يستحب عند الحاجة ويجب على المقرض والمستقرض عند خشية التلف أو الضرر حيث للمستقرض مال وإلا وجب سد رمقه ، ويحرم حيث يتضمن الربا . وفيما عدا ذلك مباح وقيل مكروه . نعم ، ومن الأشياء ما يصح قرضه ومنها ما لا يصح قرضه ، وقد أوضح ذلك الإمام عليه السلام بقوله :

﴿ إنما يصح ﴾ القرض ﴿ فى مثلى ﴾ كالنقود وكما قلّ التفاوت فيه وضبط بكيل أو وزن ﴿ أو قيمى ﴾ وهو ما كثر التفاوت فيه ولم يضبط بكيل ولا وزن ، ولكن لا يصح القرض فيه مطلقاً بل فى قيمى « منقول » فلا يصح فى الأراضى والدور ﴿ جاد امكن وزنه ﴾ ولو لم يوزن عند القرض ، أما الحيوان وما لا يمكن وزنه فلا يصح قرضهما . فعلى هذا أن القيمى الجاد مهما أمكن وزنه صح قرضه ﴿ لا ما يظم تفاوته ﴾ من القيمى المذكور بأن زاد التفاوت فيما بينه على نصف عشر القيمة ﴿ كالجواهر ﴾ والآلى والفصوص والجلود ونحو ذلك ، فإن هذه الأشياء

يعظم التفاوت فيما بينها في الجودة والرداءة فيصعب ضبطها ليرد مثلها ولهذا لم يصح قرضها ، وكذلك لا يصح قرض الحب إذا سيس^(١) أو ابتل^(٢) أو قلى ولا المسحل والسمن والسليط المشوش منها ، ولا الحب المخلوط بنوع آخر ، ولا الشعير والعلس المخلوطين ، ولا المخلوط بدقاق التبن ، ولا الدراهم والدنانير المشوشة غشاً غير معلوم لتحقق رد المثل فيما ذكر .

﴿ و ﴾ كذلك لا يصح قرض ﴿ المصنوعات ﴾ التي يعظم التفاوت فيما بينها بالصناعة ﴿ غالباً ﴾^(٢) احترازاً من بعض المصنوعات التي تكون صنعتها بسيرة لا تخرجها عن حد الضبط وذلك كالخبز والفلوس المضروبة من النحاس ، ومن ذلك الثياب والبسط المصنوعة على صفة لا يعظم التفاوت بينها في النقش والصفافة ، فإذا كانت صنعتها كذلك صح قرضها . ويعتبر في القرض أن يكون ﴿ غير مشروط بما يقتضى الربا ﴾ نحو أن يقرضه بلا شرط أو يشرط عليه أن يرد له مثله . ﴿ وإ ﴾ ن ﴿ لا ﴾ يكن كذلك بل مشروطاً بما يقتضى الربا ﴿ فسد ﴾ الأولى « فباطل » نحو أن يقرضه كذا على أن يقضيه في مكان كذا ، وله منفعة بذلك القرض أو على أن يرد له أكثر مما أقرضه . هذا مع الشرط وإما مع الإضرار ، فإن كان المضرر هو الآخذ اضرر أن يزيد فلا تأثير لضميره وإن كان هو المقرض ، فإن كان ضميره أنه يأخذ الزيادة إن حصلت منع أنه لم يقصدها بالإقراض فهذا جائز ، وإن كان لا يقرض إلا لأجل الزيادة فلا يجوز لأن المضرر في الربا كالظهر .

﴿ واعلم ﴾ أن من صور الربا أن يكون لرجل دين على غيره فيزيد من عليه الدين شيئاً ليمهله ، أو يكون له دراهم فيقول إن لم تسلمها لوقت كذا كان عليك بكل قدر من الدراهم كذا من الطعام أو من غيره . ﴿ الثانية ﴾ أن يقرض الحب الدفين

(١) أي أكلته السوس اه .

(٢) صورة غالباً هي مفهوم ما تقدم اه .

المتغير أو الذي قد أكلته السوس بحب سليم . ﴿ الثالثة ﴾ أن يكون له دين فياً كل من له الدين مع من عليه الدين على وجه الضيقة وقد عرف أن ما أضافه إلا لينظره ، فأما لو أضافه أو أهدى إليه مكافأة على الإحسان بإفراضه أو تأجيله بالدين فيما مضى فإن ذلك جائز . ﴿ الرابعة ﴾ أن يقرضه قدرأ من الحب ويقول ما طلع من السعر على ذلك القدر فهو لى ولا يقبل منه مثله ، قال المنصور بالله عليه السلام : قرض الحب والمطالبة به وقت القضاء وإن كان غالباً جائز وأخذ القيمة بغير زيادة ودفع القيمة بلا محاباة جائز ، وهذه حيلة فى تجنب الإثم ، وكذلك يجوز إقراض الحب السليم عند الخوف عليه من السوس والبلل ونحوه ، ولا يقال بأنه قرض جر منفعة لأن المنفعة هى من غير المستقرض كما لو قصد الثواب فى قرضه فإن فيه منفعة وهو الأجر . وكذلك يجوز القرض عند استواء المنفعتين فى القرض ومن ذلك ما يأخذ الشركاء من الزراع وغيرهم .

(فصل)

﴿ ٢٢٩ ﴾

فى أحكام القرض وهى خمسة : ﴿ الأول ﴾ أنه ﴿ إنما يملك بالقبض ﴾ من المستقرض إذا كان القبض بإذن المقرض ولا تكفى التخلية . ويملك بالقبض ولو قبض بدون إيجاب وقبول لأنه يكفى فيه ما جرى العرف به فى القرض . ولا يصح رجوع المقرض عنه بعد أن يقبضه المقرض . وإذا ملك بالقبض ما يفتنيه وكان فقيراً فإنه يصير به غنياً وتلزمه زكاته ويلزمه الحج أيضاً إذا صار به مستطيعاً .

﴿ والثانى ﴾ أنه متى قبضه المستقرض ملكه ﴿ فيجب ﴾ عليه المقرض ﴿ رد ﴾ مثله قدرأ وجنساً ﴿ ونوعاً ﴾ (١) ﴿ وصفة ﴾ لا فوقه ولا دونه والقول المقرض أنه مثله إذ الأصل براءة الذمة فإن كان القرض بعينه باقياً فلا يجب عليه إلا رد مثله فلو

(١) ولو زاد فى الصفة ، ولا عبرة باختلاف سعره اهـ .

رده بعينه جاز ووجب القبول ، أما لو تفاسخا في القرض الصحيح مع بقاء العين فيجب رد العين المقرض ..

﴿ والثالث ﴾ أنه يجب على المستقرض الرد ﴿ إلى موضع القرض ﴾ أى إلى الموضع الذى قبض فيه القرض إذ المعتبر موضع القرض .

﴿ و ﴾ ﴿ الرابع ﴾ أنه ﴿ لا يصح الإنظار فيه ﴾ فإذا قال المقرض للمستقرض قد أنظرتك مدة كذا لم يلزمه فإذا طلبه بعد ذلك فوراً وجب رد مثله ولا حكم لانظاره ، وسواء أنظره حال القرض أم بعده ، وكذا لو نذر عليه بالتأجيل أو أوصى له به فإنه لا يصح ولا يلزمه ولكن يجوز له الانظار ويستحب الوفاء بما أنظر فيه .

﴿ و ﴾ كذلك لا يلزم الانظار ﴿ في كل دين لم يلزم بمقد ﴾ كأروش الجنائيات (١) وقيم المتلفات والغصب لأنه لا يدخلها التأجيل وإنما يدخل ويلزم فيما لم بمقد صحيح كالئمن والمهر والأجرة إذا كان الانظار إلى وقت معلوم لا مالم بمقد فاسد فلا يصح الانظار فيه ولا يلزمه لو أنظر .

﴿ مسألة ﴾ (٢) « الأجل الصحيح حق لمن عليه الدين ولا يبطل بموته ولا يصح رجوع المؤجل عنه فإن تبرع من عليه الدين بتمجيله صح ولزم صاحبه قبوله إذا كان مثل حقه ولم يكن له غرض في تأخيره إلى أجله . » نعم ؛ وأجرة تسليم القرض على المقرض إذ عليه تمييزه عن ماله وعند القضاء على المستقرض .

﴿ و ﴾ ﴿ الخامس ﴾ أن ﴿ فاسده ﴾ يعنى فاسد القرض كقرض الحيوان أو غيره مما لا يصح قرضه يكون حكم ذلك ﴿ كفاسد البيع ﴾ (٣) من أنه يملك بالقبض وتلزم فيه القيمة ويصح تصرف المستقرض فيه يبيع أو غيره فيمنع رد عينه الاستهلاك الحكى وتطيب فوائده كما تقدم ، ويجوز الدخول فيه ، ويجوز التفاسخ فيه بالتراضى

(١) إلا الدية اهـ .

(٢) من البيان اهـ .

(٣) في بعض النسخ هنا غالباً ولا فائدة لها اهـ .

أو بالحكم ما لم يمنع مانع فيهما. ويملك القيمي منه بقيمته والمثل بمثله. أما القرص الباطل وهو الذى يقتضى عقده الربا كما تقدم كأن يقرضه مائة على أن يقضيه مائة وعشرين فهذا أو نحوه باطل لا يملك بالقبض ويكون حكمه فى يد المستقرض حكم الغصب إلا فى الأربعة، غير أنه يجب التصديق بربحه، وهذا مع علم المالك، أما مع الجهل فإنه كالغصب فى جميع وجوهه إلا فى سقوط الإثم.

﴿ ومقبض ﴾ بكسر الباء ﴿ السفتجة ﴾ ^(١) بضم السين ﴿ أمين فيما قبض ضمين فيما استهلك ﴾ وصورة المسئلة أن يحتاج زيد فى بعض المواضع إلى مال وعنده مال لبكر أمانة أو نحوه فيأذن له بكر بالاقتراض من تلك الأمانة، ثم يطلب أن يقضى بكرأ من مال له فى بلد آخر، فيكتب إلى بكر كتاباً بهذا الطلب فيكون زيدا أميناً فيما قبض من المال لأنه قبضه أمانة ويكون ضميناً فيما استهلك منه بنية الاقتراض، وكذا لو نقله بنية الاقتراض صار ضميناً ضمان قرض بمعنى أنه قد ملكه، فإذا تلف من ماله فلو أضرب عن الاقتراض بعد أن نقله بنية الاقتراض لم يبرأ من القرض بتركه إلا أن يكون صاحب المال أذن له بالرد إن استغنى عنه فتعود يده أمانة، ومقبض السفتجة يصح فيه فتح الباء، وصورة المسئلة أن يكتب عمرو لزيد كتاباً إلى بكر أن يُسلم له مالا إلى زيد ليوصله إليه، ويأذن عمرو لزيد بالاقتراض من المال إذا قبضه من بكر، فيكون أميناً فيما قبض ضميناً فيما استهلك كما تقدم فالسائلان سيان فى الحكم. ﴿ و ﴾ اعلم أن الإذن بالقرض من الأمانة وقضاء المال من بلد آخر كما تقدم ﴿ كلاهما جائز ﴾ وكذا لو أخذ المال ابتداء قرضاً أو كتب ابتداء للقرض كتاباً ليأخذ من ماله فى بلد آخر فإن كل ذلك جائز ﴿ إلا ﴾ أن يكون القرض ﴿ بالشرط ﴾

(١) السفتجة بضم السين كلمة حبشية، وهى اسم الرقعة التى يكتب فيها المفاضلة على طريق السفتجة بفتح السين أى المعاملة، كأن تعطى مالا لرجل فيعطيك خطا يمكنك من استرداد ذلك من عميل له فى مكان آخر: جمع سفتاج اهـ.

على أن يقضيه في البلد الآخر فإذا شرط المقرض ذلك لم يجوز لأن كل قرض جر منفعة فهو ربي، وكذا لو أضمر هذا الشرط لم يجوز أيضاً لأن المضمحل في الربا كالظاهر إلا إذا كانت المنفعة للمستقرض فقط جاز ولو شرط، وكذا لو كانت المنفعة لهما معاً واستوت المنفعتان جاز نحو أن يريد كل واحد منهما نقل ماله إلى بلد الآخر فتقارضا كذلك ليسلما من مؤنة النقل أو خوف الطريق .

﴿ فصل ﴾

﴿ ٢٣٠ ﴾

﴿ وليس لمن يتعذر عليه استيفاء حقه حبس حق خصمه ﴾ فمن كان له مال عند الغير سواء كان ديناً أم غصباً وكان للغير عنده مال فليس له أن يحبس حق غيره إذا تعذر عليه استيفاء حقه إلا يحكم الحاكم فله أن يحبس ذلك وللحاكم أن يحكم له بذلك عند تمرده غريمه أو غيبته، فإن لم يوجد حاكم فعليه أن يستأذن من يصلح لذلك . ﴿ و ﴾ من تعذر عليه استيفاء حقه فانه ﴿ لا ﴾ يجوز له أيضاً ﴿ استيفاءه إلا بحكم ﴾ حاكم ولو كان غريمه موسراً متمرداً، ولو علم أن استيفاءه بالحكم يثير فتنة فليس له أن يأخذ من مال الغير بقدر حصته ولو كان من جنس ماله إلا بحكم . قال في حاشية السحولي : « وهذا ما لم يكن الذي عند الغير هو عين حقه ودبعة أو غصباً فيجوز له أخذه من غير حكم ولا تراش، فلو لم يمكنه إلا بقتله جاز له قتله إذا لم يجد وسيلة إلى أخذ حقه غير قتله » . وقول الإمام عليه السلام غالباً احتراز من الأخير فإن له حبس العين التي استؤجر على العمل فيها حتى يستوفى أجرته سواء كان أجيراً خاصاً أم مشتركاً، وكذلك كل عين تعلق بها حق فيجوز لذی الحق حبسها حتى يستوفى ما تعلق بها من الحق كالبيع قبل تسليم الثمن وكذلك إذا فسخ البيع بمد تسليم الثمن فإن للمشتري حبسه حتى يستوفى ﴿ وكل دينين استويا في الجنس ﴾ والنوع ﴿ والصفة تساقطاً ﴾ فإن كان على شخص دين قدر عشرين درهما مثلاً وكان له على غريمه مثلاً

تساقط الدينان وبرى كل واحد منهما مهما اتفق مذهبهما سواء تراضيا على التساقط أم لا وسواء اتفق أجل الدينين أم اختلف، فلو كان أحد الدينين أكثر من الآخر مع الاتفاق فيما ذكر فإن الزيادة فقط تبقى في ذمة من هي عليه . وأما إذا اختلف مذهبهما فلا بد من التراضى أو حكم الحاكم .

﴿مسئلة﴾ لو أن رجلا استقرض من رجل دراهم والصرف على عشرين درهما بدينار ثم تزايد سعر الدينار لالخفة ولا لنش في الدرهم فليس عليه إلا مثل تلك الدراهم فإن كان تزايد سعر الدينار لنش في الدراهم أو لخفة لزم المستقرض أن يرد مثل القرض سواء ، فإن عدم في الناحية لزم قيمته من الدنانير .

﴿فرع﴾ أما الدراهم المتعامل بها الآن سواء كانت خالصة أم كان فيها النش المعتاد فإنها مع ذلك نافقة متعامل بها فهي مثلية يصح ثبوتها في الذمة في جميع عقود المعاملة، فلو كسدت لم يجب على من هي عليه إلا مثلها كسائر المثليات الثابتة في الذمة، وإنما يرجع إلى صرفها من الذهب حيث عدت فحينئذ يرجع إلى صرفها كما يرجع بالثلى إلى قيمته إن عدم مثله . فعلى هذا يرجع إلى صرفها يوم الطلب إن قارن التسليم كما في سائر المثليات إذا وجبت قيمتها لا إلى صرفها يوم تثبت في الذمة .

قال الإمام عليه السلام : ﴿والفلوس﴾ وهي العملة المضروبة من النحاس الخالص «قيمة» حيث لا توزن «لكنها» وإن كانت قيمة فحكمها «كالنقدين» من عملة الذهب والفضة في أنها تثبت في الذمة كما يثبت النقدان وكذا يتساقط الدينان فيهما كما يتساقطان في النقدين ، ويصح قرضها لإمكان ضبطها بالوزن والصفة ويرد مثلها ولو بطل التعامل ولا تصح الشركة فيها كما سيأتى، وحيث لم تجر العادة بوزنها أيضا فلا يدخلها الربا بالتفاضل ولا يصح البيع بها إلى الذمة ولا جعلها أجرة في الذمة .

﴿٢٣١﴾

﴿فصل﴾

فما يجب رده إلى موضع الابتداء وما يجب رده إلى حيث أمكن . قال الإمام عليه السلام ﴿ ويجب رد ﴾ عوض ﴿ القرض والرهن ﴾ الصحيح : أما الفاسد فهو أمانة ﴿ و ﴾ يجب رد ﴿ النصب والمستأجر والمستمار ﴾ سواء كان مضمناً أم غير مضمّن ﴿ والحق المؤجل ﴾ بعد حلول الأجل ﴿ والمعجل ﴾ ، والمراد الدين الثابت بالمعقد سواء كان مؤجلاً أم معجلاً ﴿ والكفالة بالوجه ﴾ وكذا بالمال حيث عين الموضع ﴿ إلى موضع الابتداء ﴾ . يعني أن هذه الأشياء يجب تسليمها إلى صاحبها إلى منزل ابتداء قبضها أو ثبوتها وهذا كله في قبولها . وأما إذا طالب من له ذلك وجب التسليم ولو في غير موضع الابتداء ، إذا كان مطلوبه حاضراً وأما إذا كان ماطلبه غائباً فلا يجب إلا إلى موضع الابتداء . وقول الإمام ﴿ غالباً ﴾ احتراز من كفيل الوجه فإنه إذا سلم المكفول به حيث أمكن خصمه الاستيفاء منه برئ من الكفالة مع التمكن كما أنه يبرأ بتسليمه إلى موضع الابتداء ولو لم يتمكن ، ويحترز أيضاً من النصب إذا لم يكن لعله مؤنة فإنه يبرأ بتسليمه حيث أمكن ويجب على صاحبه قبوله لا إذا كان له غرض في ترك تسلمه فلا يجب قبوله إلا في موضع الابتداء .

﴿ مسألة ﴾ : لا يبرأ من عليه الدين بالتخلية بينه وبين من هو له فلا تسكني التخلية بل لا بد من القبول أو القبض . وأما التخلية للمغضوب فتسكني ، وكذا في كل عين هي من مال المسلم إليه ، أما إذا كانت العين من مال المسلم فلا تسكني التخلية .

﴿ لا ﴾ المبيع ﴿ المغيب ﴾ فلا يجب رده إلى موضع الابتداء بل للمشتري رده على البائع أينما وجدته ، وكذلك المردود بخيار رؤية أو شرط أو بتسليمها من الخيارات يكون رده إلى حيث أمكن ، وكذلك المبيع بمعقد فاسد إذا فسح فلا يعتبر الرد

في جميع ذلك إلى موضع العقد ﴿ و ﴾ كذلك ﴿ الوديعة ﴾ إذا مات المالك قبل قبضها وجب ردها إلى حيث أمكن ﴿ و ﴾ كذلك ﴿ المستأجر ﴾ عليه يجب رده إلى حيث أمكن إلا أن يجري عرف بخلافه كما في الأنعام ، فإبى الراعى ردها إلى المالك أو إلى المأوى المتباد . ﴿ و ﴾ كذا ﴿ كل دين لم يلزم بمقد ﴾ كأروش الجنائيات وقيم التلغات يكون تسليمه حيث أمكن . ﴿ و ﴾ كذلك ﴿ القصاص ﴾ لا يلزم أن يكون في مكان الجناية بل حيث أمكن الاقتصاص كان لمن هو له إجراؤه . قال الإمام : ﴿ حيث أمكن ﴾ التسليم لشيء مما تقدم لزم قبوله ولا يلزم تسليم ذلك في موضع الابتداء ^(١) .

﴿ وضابطه ﴾ أن ما وجب رده وجب أن يكون الرد إلى موضع الابتداء وما لم يجب رده فله رده إلى حيث أمكن .

﴿ ويجب ﴾ على من له الحق ﴿ قبض كل ﴾ دين أو غيره ﴿ ممجّل ﴾ أى حيث سلمه ومجمله من هو عليه سواء كان مؤجلاً أو حالاً : مما يجب تسليمه إلى موضع الابتداء أم لا ، ولكن لا يلزمه أخذه إلا بشروط خمسة :

﴿ الأول ﴾ : حيث هو ﴿ مساو ﴾ لحقه ﴿ أو زائد ﴾ عليه ﴿ في الصفة ﴾ ولم يخالف غرضه ، أما لو كان ناقصاً قدرأ ، أو صفة أو نوعاً ، أو زائداً نوعاً أو صفة وخالف غرضه فإنه لا يلزمه قبضه ، فلو كان زائداً قدرأ فيلزمه أن يأخذ قدر حقه إذا لم يكن لفصله مؤنة والزائد يكون إباحة فيخير فيه .

﴿ الشرط الثانى ﴾ أن لا يكون قبضه ﴿ مع خوف الضرر ﴾ في الحال نحو

(١) وقد جمع المفتى ما يجب رده إلى موضع الابتداء وما لا يجب في قوله :

معار ورهن ثم غصب ومقرض ودين بمقد عاجلاً ومؤجلاً
كفيل بوجه والمؤجر بعده ، يزد إلى حيث التقاض أولاً
وأما اللواتى ردها حيث أمكنت فدين بلا عقد مقود ليقتلا .
كذلك معيب مودع ومؤجر عليه فكن ذا فطنة متأملاً

ان يخاف لو قبض حقه أن يأخذه عليه ظالم فحينئذ لا يلزمه قبض حقه سواء كان حالاً أو مؤجلاً . فإن خافا معا فإن كان المسلم من مال الدافع لم يجب القبض وإن كان من مال المدفوع إليه وجب قبضه إلا في النصب فلا يلزمه قبضه لو خافا عليه في الحال أو في المال .

﴿الشرط الثالث﴾ قوله ﴿أو غرامة﴾ في المؤجل أى وأن لا يكون قبضه مع خوف غرامة تلحقه لو قبض حقه نحو أن تكون له مؤنة إلى وقت حلول الأجل فإنه إذا خشى الغرامة لا يلزمه قبضه وهذا حيث كان الأجل لازماً بالمقد لا بالقرض ونحوه فيجب قبضه ولو لحقته غرامة إلى حلول الأجل .

﴿الشرط الرابع﴾ أن لا يخشى عليه الفساد إلى وقت حلول الأجل فإن خشى عليه الفساد وكان مؤجلاً لم يلزمه قبضه .

﴿الشرط الخامس﴾ أن لا يكون للمالك غرض في تأخيره إلى وقت حلول الأجل فإن كان له غرض في تأخيره لم يلزمه قبضه وهذا إذا كان مؤجلاً فإن كان غير مؤجل لزمه قبضه ولو كان له غرض في تأخيره .

﴿ويصح﴾ ويجوز أيضاً ممن عليه حق مؤجل أن يعجله لصاحبه ولو ﴿بشرط حط البعض﴾ من ذلك الحق المؤجل ، وأما الحق المعجل إذا امتنع من عليه الحق من تسليمه واشترط الإبراء في البعض أو الحط أو الإسقاط فإنه لا يبرأ مما حط عنه ولو كان الحط بأى ألفاظ التملك لأنه لا يقابله عوض وإنما هو تفاد لحقه فيبقى ما حط عنه في ذمته إذ الامتناع محرم عليه .

﴿٢٣٢﴾ ﴿فصل﴾

في بيان ما يتضيق رده من دون طلب مالكة وما لا يتضيق إلا بالطلب ﴿ويتضيق رد النصب ونحوه﴾ وهى أروش الجنايات وقيم التلغات فوراً ، ولا يحتاج الناصب

ونحوه إلى مطالبته لأنه في حكم الطالب في كل وقت فهو متضييق عليه الرد ﴿ قبل المراضاة ﴾ بينه وبين المنصوب عليه ، وكذلك فوائد الغصب وأجرته وكسبه وأرش ما جنى عليه إذا كان مما لا يتسامح به .

﴿ فرع ﴾ ويتضييق رد ما قبض من صغير أو محجور عليه ولو قبض برضاه هبة أو بيعاً لأنه غصب وإن لم يطلب منه ذلك .

﴿ والدين ﴾ وهو ما يثبت في الذمة برضاء أربابه يتضييق قضاؤه ﴿ بالطالب ﴾ ممن هو له سواء كان غير مؤجل أم مؤجلاً وحصل الطالب بعد حلول الأجل وكذا لو قال إذا حل الأجل فأنا مطالب لك بتسليم الدين فإنه يتضييق الرد بعد حلول الأجل ولم يطالبه ، وكذا لو غلب في ظنه أن صاحبه لا يرضى ببقاء الدين لديه وإنما ترك الطالب سهواً منه أو حياء أو خوفاً فإنه يتضييق الرد ولو لم يطلب ، وفي الهدية والرفد ونحوهما يتضييق الرد بما في حكم الطلب وذلك عند ما يحصل مع صاحبه مثلما حصل معه ، وإذا كان الدين لصغير أو مجنون فإنه يتضييق الرد عند الحاجة للدين بدون طلب وإذا لم يحتاج له فلا يتضييق إلا بالطالب من الولي .

﴿ فرع ﴾ وإذا كان صاحب الدين قد أشهد عليه فإنه لا يجب قضاؤه إلا مع حصول الشهود ولو كانوا غير الأولين أو في حضور الحاكم .

قال الإمام ﴿ فيستحل ﴾ أي يطلب الخروج من الإثم ﴿ من مطل ﴾ بعد أن تضييق عليه الرد وهو متمكن من التخلص ، ويكفيه الرجوع والتسليم والاعتذار وإن لم يقبل ، ولا يحتاج إلى طلب الإبراء من المطلق . ﴿ وفي ﴾ تسليم ﴿ حق الله ﴾ تعالى وهو ما ليس لأدنى معين كالزكاة والكفارات ونحوها ﴿ الخلاف ﴾ بين العلماء في كونه على الفور أو على التراخي . والمختار للمذهب أن حقوق الله تعالى تؤدي على الفور فلا يجوز تأخيرها عند التمكن من فعلها لأن دين الله أحق أن يقضى فيستغفر الله من مظل ويتوب من معصيته .

﴿ ويصح في الدين قبل القبض ^(١) ﴾ أى قبل قبضه ممن هو عليه ﴿ كل تصرف ﴾ كجمله ثمنا أو مهرآ أو عوض خلع أو غير ذلك « إلا خمسة » أشياء فلا تصح في الدين :

﴿ أحدها ﴾ ﴿ رهنه ﴾ فلا يصح أن يرهن ممن هو عليه ولا من غيره لأن من شرطه التعمين والقبض .

﴿ و ﴾ ﴿ ثانيها ﴾ ﴿ وقفه ﴾ لأنه تحييس الرقبة المينة والدين غير معين فلا يصح .
﴿ و ﴾ ﴿ ثالثها ﴾ ﴿ جملة زكاة ﴾ أو فطرة أو كفارة أو نحو ذلك لأن من شرطها التملك الحقيقي وتمليك الدين إسقاط فلا يصح زكاة أو نحوها إلا إذا وكله بالقبض عنه ثم يقبضه من نفسه عن الواجب صح ولا بد من قبضين عن المال وعن الواجب .

﴿ و ﴾ ﴿ رابعها ﴾ قوله ﴿ أو ﴾ جملة ﴿ رأس مال سلم ﴾ فإنه لا يصح لأنه يصير من بيع الكالئ بالكالئ ^(٢) . ﴿ و ﴾ جملة رأس مال ﴿ مضاربة ﴾ أو شركة فإنه لا يصح .

﴿ و ﴾ ﴿ خامسها ﴾ ﴿ تملكه غير الضامن ﴾ به فإنه لا يصح لأنه تملك لمدموم . أما الضامن به فيصح تملكه إياه سواء كان هو الذى عليه الدين أم غيره ممن هو ضامن به ولو كان ضمانه تبرعا لأنه بالضمان صار كأنه في ذمته ، وسواء ضمن بالمال أم بالبدن . وكذا وارث من عليه الدين في حكم الضامن حيث شرى ما في ذمة مورثه والتركه موجودة غير مستهلكة ولو شراه بدين لأن الدينين مختلفان فيصح تملكه الدين قبل قبضه .

﴿ واعلم ﴾ أن غير الضامن وغير من في حكم الضامن لا يصح تملكه الدين إذا

(١) ولا يسمى ديناً إلا قبل القبض فهو قيد واقع لا للاحتراز اهـ .

(٢) في القاموس الكالئ النسبته اهـ .

كان التملك (بغير وصية) أو إقرار في وصية (أو نذر أو إقرار) بنذر (أو حوالة) أو إقرار بحوالة. وأما إذا كان التملك بأى هذه الأمور فإن التصرف بالدين فى أى هذه الأشياء صحيح نافذ إلى الضامن به وإلى غيره .

﴿٢٣٣﴾ باب الصرف

(هو بيع مخصوص) أى هو اسم لبيع الذهب به والفضة بها أو بيع أحدهما بالآخر سبيكة أو نقداً أو مختلفاً «واعلم» أنه (يتم فيه) «العقد» بإيجاب وقبول^(١) ويكونان بـ (لفظه) كصرفت منك هذا بهذا وكذا بكذا والقابل اضطرفت (أى ألقاها البيع) «العامة» المفيدة للتملك : كبت أو ملكت أو نحو ذلك كما ص لا الخاصة بيمض البيوعات كالراجحة والتولية ونحوهما فلا يصح بها الصرف .

(و) (يتم به) (فى متفقى الجنس والتقدير) كالذهب بالذهب والفضة بالفضة (ما مر) من الشروط فى الرويات وهى :

﴿الشرط الأول﴾ الحلول وهو أن يكون العقد منبرماً لا تأجيل فيه ولا خيار شرط، فإن شرط أحدهما الخيار فسد إلا إذا أبطله قبل الافتراق وثبت فيه خيار العيب، وكذا خيار الرؤية قبل الافتراق لا بعده ، ويصح موقوفا على الاجازة ولو لم تحصل إلا بعد افتراق المتعاقدين ولكن لا بد من التقابض قبل الافتراق كما مر ، وكذا فى الوكيلين يعتبر التقابض سواء أضافا أم لا ولا عبرة بالوكيلين .

﴿الشرط الثانى﴾ أن يتقابضا قبل افتراقهما ولو طال اجتماعهما قبل التقابض، ولو انتقلا عن المجلس وسارا معا فإنه يصح التقابض ما لم يفترقا ، وهذان الشرطان يتمبران فى الصرف عموماً سواء صرف الجنس بجنسه أو بغير جنسه .

(١) فى غير المحقر لأن المحقر يكتفى فيه المعتاد .

﴿الشرط الثالث﴾ أنه لا بد من العلم بالتساوى بين المصروفين حال العقد فلا يكفى الظن ولا يكفى العلم من بعد العقد ولو حصل فى المجلس ولو كان المقابل للنقد سبيكة مما لا توزن عادة فلا بد من العلم بالتساوى وهذا الشرط يختص بصرف الجنس بجنسه .

﴿واعلم﴾ أنه يشترط الملك لأحد المصروفين حال العقد وهذا بخلاف ما مرّ فى الربويات ولذا استثناه الإمام بقوله: ﴿إلا الملك حال العقد﴾ فلا يشترط هنا فيصح أن يصرف منه دراهم معدومة حال العقد بدراهم كذلك . وسواء فى ذلك صرف النقد بالنقد والسبيكة بالسبيكة ولو اختلف الجنس فيصح العقد بشرط أن يحصل ملكهما والتقابض فى مجلس العقد أو فى غيره قبل الافتراق ، ولا يصح لو قابل السبيكة المعدومة نقد لأنها مبيعة لا بد من وجودها فى الملك حال العقد وتكفى التخلية فى قبضها ولا تكفى فى قبض النقود بل لا بد من القبض الحقيق .

﴿فإن اختلف﴾ من الشروط الثلاثة وهى الحلول ، والعلم بالتساوى ، والتقابض قبل الافتراق ﴿أحدها بطل﴾ الصرف فى جميع المصروف ﴿أو﴾ فى ﴿حصته﴾ حيث يمكن تبييضه وذلك نحو أن يصرف منه خمسة دنانير بخمسة مثلاً ثم يتكشف فى أحد الجانبين دينار ردىء عين فإنه يبطل من الصرف بقدره ، وهذا حيث أتى بلفظ الصرف ولم يعين . أما لو أتى بلفظ البيع وعين صح البيع فى الكل ويكون من مسائل الاعتبار فإن كان غير معين بطل بقدره حيث يكون له قيمة ، وكذلك لو حصل التقابض فى البعض فإنه لا يبطل إلا فيما لم يقبض نحو أن يصرف خمسة بخمسة فيتقابضان أربعة ثم يفترقان فيبطل الصرف فى الخامس .

﴿ومن أحكام الصرف﴾ إذا بطل بوجه من الوجوه لم يملك كل منهما ما صار إليه بصرف باطل ﴿فيترادان﴾ فيما بطل ﴿ما﴾ كان باقياً ﴿لم يخرج عن اليد﴾ المراد لم يخرج من الملك ﴿وإن﴾ ن ﴿لا﴾ يكن باقياً بل قد خرج عن الملك ﴿فإن﴾ لواجب

رد ﴿ المثل في النقدين ﴾ ولا يستفدى لأنه لا يتمين ما لم يتساقطا ﴿ و ﴾ رد ﴿ العين في غيرها ﴾ أى في غير النقدين كالسبائك والحلى إذا كانت باقية لا لو خرجت عن الملك لزم استغداؤها كما في العين المفصولة. وهذا ﴿ ما لم يستهلك ﴾ تلك العين فإن كانت قد استهلك حساً وجب رد مثلها مصنوعة فإن كان فيها صنعة لا يمكن ضبطها وجب رد قيمتها من غير جنسها ، وكذا إذا استهلك حكماً وذلك إذا خلطت بغير جنسها بحيث يتعذر فصلها ، أما لو خلطت بجنسها فلا يتعذر الفصل فتلزم القسمة ويبين مدعى الفضل . ﴿ فإن ﴾ وقع عقد الصرف على وجه باطل كصرف أربعة بخمسة ثم ﴿ أراد تصحيحه ﴾ وإيقاعه على وجه الصحة ﴿ راداً ﴾ الزيادة إن كانت باقية ﴿ وجدد العقد ﴾ بشروطه المتبعة على وجه الصحة وحيث كان الخلل لتفرقهما قبل القبض تقابضاً قبل الافتراق ولا يشترط قبض كل واحد منهما لاله بل يكفي النقل .

﴿ فرع ﴾ فلو جعلت الفضة آنية لزم رد عينها لأن ذلك ليس باستهلاك ويلزم استغداؤها لو خرجت عن اليد ، وكذا لو جعلت دراهم إلا أنها لا يلزم استغداؤها .

﴿ و ﴾ إن كان أحدهما أو كلاهما قد استهلك ما قبض مع خلل العقد الأول فلا يمتنع تجديد العقد على ما في الذمة لأن ﴿ ما في الذمة كالحاضر ﴾ فيصح العقد عليه وهذا حيث اختلفا في الصفة والجنس وإلا فقد تساقطا ، وإن كان الخلل لعدم الحلول أصلحاه .

﴿ فصل ﴾

﴿ ٢٣٤ ﴾

﴿ ومتى ﴾ صرف دنانير بمثلها أو بدراهم أو صرف دراهم بمثلها على أنها جيدة أو أطلق ثم ﴿ انكشف في أحد النقدين ردىء عين ﴾ كأن يكون في أحدهما ما هو من الحديد أو من النحاس ﴿ أو ﴾ يتكشف في أحدهما ردىء ﴿ جنس ﴾ كدراهم مسكوك (٣٢ - التاج المذهب - ن)

من فضة رديئة تنفتت ليست في الجودة كبذلها ﴿بطل﴾ من الصرف ﴿بقدره﴾ وزنا
أى بقدر ذلك الردى لأن العقد صحيح وإنما طرأ البطلان على بعضه لعدم قبض ما قابل
الرديء ﴿إلا أن يبدل الأول﴾ وهو رديء المين ﴿في مجلس الصرف فقط﴾ صح
حينئذ ، أما لو صح إبداله بعد المجلس أى بعد الافتراق لم يصح ولكن ينظر هل أتى
بلفظ البيع أو بلفظ الصرف ؟ وهل عين أم لا ﴿وتفصيل ذلك﴾ أن يقال : إن عين
وجاء بلفظ البيع فأنكشف رديء عين فانه يكون ييماً إن كان له قيمة ولم يقصد
الحيلة ويكون له الرد بالميب إن كان جاهلاً ، وإن جاء بلفظ الصرف فلا ينعقد البيع
به كما يأتى ، وإن لم يكن معيناً فن شرطه القبض قبل التفريق فلا حكم لازائف فان
افتراقاً بطل بقدره .

قال الإمام : ﴿و﴾ كذا ﴿الثانى﴾ وهو رديء الجنس إذا أبدل ﴿فيه﴾ أى
في المجلس والمراد قبل التفريق فانه يصح ويلزم إبداله ﴿مطلقاً﴾ سواء شرط رده حال
العقد أم لم يشرط ، وهذا إذا لم يعلم عند العقد والقبض وأبدله في مجلس العقد ﴿أو﴾
أبدله ﴿في مجلس الرد﴾ وهو أول مجلس يتفقان فيه بعد التفريق والعلم بالرداءة ،
والاعتبر أول مجلس لأن للصرف أحكاماً مخصوصة ، وإنما يلزم إبداله ﴿إن رد وإن
لم يكن قد علمه﴾ فإن كان قد علم عند العقد أو عند القبض أو عند التفريق أو عند
الصرف أن في الدرهم رديء جنس لم يكن له الرد بعد ذلك ﴿فيلزم﴾ البيع وإمساك
الرديء ويبطل الرد ، كما لو اشترى شيئاً عالماً بميبه ، وإن كان جاهلاً في جميع الأحوال
التي ذكرنا فيلزم الرد للرديء كما لو اشترى شيئاً معيناً . قال الإمام : ﴿أو شرط رده﴾
في مجلس العقد ﴿فاfterاً﴾ وكان المشتري قبل التفريق ﴿محجوزاً له أو قاطعاً﴾ بوجود
الرديء فانه يبطل الإبدال وسواء علم به عند العقد أم لا لكنه في هذه الصورة
لا يلزمه ولو علم بوجوده لكونه قد شرط رده ﴿فيرضى﴾ بذلك ﴿أو يفسخ﴾ ما وجد
من رديء الجنس في أول مجلس يتفقان فيه بعد التفريق والعلم بالرداءة ، فإن لم يرض

ولافسخ لزم، وإنما كان له الفسخ مع العلم بوجود الردى في الصرف لا في بيع الميب لأن الصرف يخالف البيع في وجوده، وأما إذا افترقا قاطما بأن لاردى ثم انكشف وجوده فإنه يصح الابدال في مجلس الرد فله طلب الإبدال فيه فلو لم يبدل في مجلس الرد لم يكن له طلب الابدال بعد بل له أن يرضى به أو يفسح.

﴿فإن كان﴾ العيب في الدرهم ﴿لتكحيل﴾ في أحد البدلين ﴿فصل﴾ الكحل ﴿إن أمكن﴾ فصله لأنه طلاء على ظاهر الدرهم ﴿و﴾ إذا فصل ولم يبدل في المجلس ﴿بطل﴾ من الصرف ﴿بقدره﴾ وزنا . واعلم أنه إذا فصل المشتري الكحل بإذن المالك ورده إليه فلا شيء على المشتري، وإت فصله بغير إذنه لزمه أرش نقص قيمة الكحل بالانفصال إذا رده للمالك، والأرش هو ما بين قيمته متصلا ومنفصلا وإن لم يرد لزم قيمته متصلا . وإن فصل بإذن المالك ولم يرد لزم رده بعينه ولو لم تكن له قيمة فإن تلف لزم مثله أو قيمته منفرداً إن كانت له قيمة .

قال الإمام عليه السلام ﴿وإ﴾ ن ﴿لا﴾ يمكن فصله ﴿ففي الكل﴾ أى بطل صرفه في الكل لفقد العلم بالتساوى . وذلك حيث تكون مكحلة كحلا لا يمكن فصله فتصير كما لو كانت مزبقة لأن الزئبق مخلوط بالدرهم فلا يمكن فصله إلا بضرر فيبطل الصرف في الكل لفقد العلم بالتساوى فإن علم التساوى صح .

﴿فائدة﴾ إذا نقد الصير في فظمرت منشوشة فلا ضمان عليه ولو كان مؤجراً لأنه كالقوم والمفتى .

(فصل)

﴿٢٣٥﴾

في بيان مسائل تتعلق بالصرف، فمنها : الجريرة وهي الزيادة في الأقل من المتقابلين زيادة من غير جنسه . ﴿واعلم﴾ أن الصرف ﴿لا تصححه الجريرة ونحوها﴾ ، وسيأتى ما هو نحو الجريرة ﴿لا﴾ أن تكون الجريرة أى الزيادة ﴿مساوية لمقابلها﴾

والمقابل للجريرة التي مع الأقل هي الزيادة التي في الأ أكثر فإذا تساوت قيمة الجريرة وقيمة الزيادة التي في الأ أكثر صح الصرف نحو أن تكون له حلية من الفضة وزنها ثمانية دراهم فيصرفها بعشرة دراهم ويجعل مع الحلية شيئاً آخر وهو يسمى جريرة فإن كانت قيمة هذه الجريرة تساوي درهين صح الصرف وإن كانت لا تساوي درهين لم يصح، ولكن إذا كانت الجريرة من غير الذهب والفضة فلا بد من لفظ البيع وإن كانت منهما فيصح بلفظ الصرف والبيع، أما إذا كانت الجريرة من كلا الطرفين فذلك جائز ويقابل كل جنس الجنس الآخر إلا إذا قصدت الحيلة بذلك فلا يصح ولا يجوز . ونحو الجريرة هو أن يشتري سلعة بالأقل من صاحب الأ أكثر ثم يبيعها منه بالأكثر فإن الحيلة بالسلعة لا تقتضي التصحيح حتى تكون قيمة السلعة مساوية لما يقابلها بحيث يرضى شرعاً كل بما أخذ عوضاً عن الآخر يعني يرضيان التفرق على المقدين معاً نحو أن تكون قيمة السلعة قيمة الأقل لجودته وقيمة الأ أكثر لردائه، وأما الدراهم المنشوشة فيجوز بيع بعضها ببعض وإن لم يعلم التساوي لأن ما في كل من النحاس أو نحوه يقابل ما في الآخر من الفضة فيجوز ولو كان جنساً واحداً ، وتكون من مسائل الاعتبار إذا كان للفضة قيمة كما تقدم في الرويات ﴿ ولا يصح في متفق الجنس والتقدير قبل القبض ﴾ في الصرف وغيره ﴿ حط ولا إبراء ولا أي تصرف ﴾ سواء كان الإبراء من الكل أو من البعض وسواء قلنا أنه إسقاط أو تمليك لأن ذلك يؤدي إلى المفاضلة إلا إذا كان الحط من الجانبين ، وحصل في المجاس صح سواء كان بلفظ الحط أم الإبراء أم التمليك وأما إذا كان الحط بعد القبض فيصح ولو كان من أحدهما مالم تقصد الحيلة، فإن قصدت فلا يصح ولا يجوز. هذا هو الصحيح من المذهب .

﴿ مسألة ﴾ إذا كان أحد البديلين أكثر من الآخر ، وقال صاحب الأ أكثر صرفت منك من هذه الدراهم أو الفضة ما يساوي ما معك وأبحث لك الزائد صح

ولا يقول وهبت لك الزائد ولا تصدقت ، وهذا إذا لم تقصد الحيلة للتوصل إلى الربا فإن قصدت فلا يصح ولو قال أبحث .

﴿ ويصح ﴾ ولو قبل القبض ﴿ حط البعض ﴾ لا الكل ﴿ في ﴾ الجنسين ﴿ المختلفين ﴾ إذا أتى بلفظ الخط أو الاسقاط لجواز التفاضل بينهما ، فإن أتى بلفظ الإبراء وجعلناه إسقاطا صح وإن جعلناه تملكاً لم يصح لأنه تصرف في ثمن الصرف قبل القبض وهو ممتنع ، ولذا قال الإمام عليه السلام : ﴿ لا التصرف ﴾ ببيع أو نحوه فلا يصح قبل القبض كما لا يصح ذلك في المبيع ومال الصرف مبيع .

﴿ ولا يحل الربا ﴾ ولا يصح التعامل به بين صغيرين ولا ﴿ بين كل مكافئين ﴾ مسلمين كانا أم ذميين أم حربيين أم جريبياً ومسلماً أو ذمياً ﴿ في أي جهة ﴾ سواء كانا في دار الإسلام أم في دار الحرب . ﴿ ولا ﴾ يجوز أيضاً الربا ﴿ بين العبد وربه ﴾ أي فيما بيننا وبين الله تعالى ولا بين السيد وعبد المأذون ، وهذا حيث كان على العبد دين مستغرق وإلا فالكل ملك سيده . وقد أخذ بعضهم من قول الإمام « ولا بين العبد وربه » أن الربا يدخل البيع ولو لم يكن بإيجاب وقبول ، وهو بيع المعاطة مع أنه لا مأخذ لأن في المعاطة لم يملك أحدهما ما دفع الآخر إليه بخلاف هنا فإن الدافع قد ملك القابض وهو الفقير فأشبهه البيع بدليل عدم الرجوع فيما أعطى ، وسيأتي بيان ذلك في القسمة .

باب السلم

﴿ ٢٣٦ ﴾

السلم لغة بفتحتين هو السلف وزناً ومعنى ، وهو في الاصطلاح عقد على موصوف في الدمة ببدل معجل مع شروط . وهو باب من أبواب البيع ولكنه مخالف للقياس إذ هو بيع معدوم ، ويسمى سلفاً لتقديم تسليم رأس المال في المجلس ، ويسمى سلفاً لتأخر قبض السلم فيه عن المجلس . وهو ينقسم بلفظ السلم والسلف كأسلفتك ، وبألفاظ البيع العامة لا الخاصة بباب من أبوابه .

﴿و﴾ ﴿اعلم﴾ أن ﴿السلم لا يصح﴾ إلا في بعض الأموال دون بعض، فما لا يصح السلم فيه أن يسلم ﴿في عين﴾ موجودة في الملك ولو كانت غائبة عن المجلس، فلو قال أسلمت إليك هذه المشرة في هذا الثوب أو في الثوب الفلاني الذي تملكه أو نحو ذلك لم يصح لأنه يصير فيما بلفظ السلم وذلك لا يصح كما سيأتي، وكذلك لا يصح السلم فيما يثبت بقوله ﴿أو ما يعظم تفاوته﴾ وذلك ﴿كالحيوان و﴾ كذا ﴿الجواهر والآلئ والفصوص﴾ لأن ضبط هذه الأشياء لا يمكن، ولعدم إمكان ضبطها يصير السلم فيه مجهولا وجهاته تمنع من صحة السلم ﴿و﴾ كذلك ﴿الجلود﴾ لا يصح السلم فيها لاختلافها وكثرة التفاوت فيها .

﴿تنبيه﴾ أما ما لا يعظم تفاوته فيصح السلم فيه ومن ذلك الدراهم والدنانير والسبائك فيصح السلم في ذلك بشرط أن لا يكون الثمن من جنس المسلم فيه وأن لا يكون موزونا .

قال الإمام : ﴿و﴾ كذلك ﴿ما لا ينقل﴾ كالدور والمقار لا يصح السلم في ذلك وكذا المنفعة كتمليم القرآن فلا يصح السلم في المنفعة ولا يصح جعلها رأس مال سلم ﴿و﴾ كذلك ﴿ما﴾ كان ﴿محرم فيه النساء﴾ لا يصح فيه السلم لأن من لازم السلم النساء فلا يصح فيما يحرم فيه النساء ﴿فن أسلم جنسا في جنسه و﴾ في ﴿غير جنسه فسد في الكل﴾ إذا لم يتميز عما يصح فيه النساء كولو أسلم ثوبا في ثوب من جنسه وصاع بر لم يصح، وأما لو أسلم ثوبا وصاعا برا في ثوب وصاع شعير فانه يصح لأنه يكون كل ثوب في مقابل المكييل الآخر .

﴿مسئلة﴾ قال في البيان: ويصح أن يسلم مكيلا في موزون أو غيره أو عكسه مع اختلافهما في الجنس لا حيث اتفقا في الجنس ولو اختلفا في الكيل والوزن ولا حيث اتفقا في الكيل والوزن ولو اختلفا في الجنس لأن ذلك ربا، إلا في النقيدين فيصح أن يسلم في سائر الموزونات غير الذهب والفضة لأنهما أمان لكل شيء .

﴿و﴾ ﴿اعلم﴾ أنه ﴿يصح﴾ أن يسلم ﴿فباعتدائك﴾ المتقدم ذكره ولكن لا يصح عقد السلم إلا ﴿بشروط﴾ خمسة :

﴿الأول﴾ ﴿ذكر قدر السلم فيه﴾ بالكيل والوزن فيقول كذا وكذا صاعا أو كذا وكذا رطلا . ﴿و﴾ لا بد أيضا من ذكر ﴿جنسه﴾ فيقول كذا وكذا برآ أو شميرآ أو تمرآ أو سمنا أو عسلا أو بنا أو نحو ذلك ﴿و﴾ لا بد أيضا من ذكر ﴿نوعه﴾ إذا كان له نوع فيقول كذا وكذا تمرآ أصيحانيا أو برآ بونيا أو سمن بقر أو ضأن أو ماعز ونحو ذلك ، وما ليس له نوع فيكفي فيه ذكر ما عدا النوع . ﴿و﴾ لا بد أيضا من ذكر ﴿الصفة﴾ ولكن لا يعتبر من الصفات إلا ما يكون مقصودا بالمنفعة ويختلف به القيمة ، ويكفي عند تسليمه ما يقع عليه ذلك الاسم ﴿كرطب﴾ أي إذا أسلم في تمر فلا بد أن تذكر صفته بأنه رطب أو بابس وفي العسل كونه من مرعى كذا وكذا لأن النحل قد يقع على أزهار أشجار فيكون دواء ، وعلى أخرى فيكون داء . ﴿و﴾ إذا أسلم في سمن ضأن مثلا فلا بد من ذكر صفته مثل ﴿عقيق﴾ أو محدث إذا كان لذلك اعتبار ﴿و﴾ لا بد من ذكر ﴿مدته﴾ بأنه مما قد مضى عليه أسبوع أو شهر أو عام أو نحو ذلك إذا كان لتلك المدة اعتبار في قيمته ﴿و﴾ إذا كان المسلم فيه زيتا فلا بد أن يذكر أنه ﴿تشر زيت﴾ أي أنه زيت مقشر وكذا غير مقشر وكذلك العسل ونحوه .

﴿و﴾ إذا كان المسلم فيه لحما فلا بد أن يقول ﴿لحم كذا﴾ أي لحم بقر أو ضأن ويذكر أنه من ذكر أو أنثى كبير أو فتى معلوف أو غير معلوف ﴿و﴾ من عضو كذا ﴿كأن يقول من الرقبة أو الرجل أو الأضلاع ، ويذكر أن ﴿سمنه كذا﴾ أي مقدار كذا وأما العظم فيدخل في اللحم كما يدخل النوى في الثمر لا اتصاله به ، وكذا يصح السلم في لحم السمك وفي السمك الميت ويعتبر في بيانه ما يعتبر في غيره إذا كان مصودا . ﴿و﴾ إذا كان السلم فيه من ﴿ما له طول وعرض ورقة وغلظة بينت﴾ هذه

الأشياء ﴿مع ذكر الجنس﴾ فإذا كانت هذه الأشياء مقصودة أى يتعلق الفرض بها وباعتبارها تختلف القيمة فلا بد من بيانها وذلك كالخشب والثياب والبسط والآجر واللبن، وكذا النزل فلو شرط فيه أن يكون دقيقاً سلم منه ما يطلق عليه اسم الدقيق وهكذا في غيره من الأوصاف، فأما لو كان الطول وغيره من الأوصاف التى لا تقصد فلا يلزم ذكر ذلك كالطول فى الطعام إذا لم يكن مصنوعاً ونحو ذلك .

﴿والضابط فى ذلك﴾ أنه لا يعتبر من الصفات إلا ما يكون مقصوداً للمنفعة وتختلف به القيمة فيلزم ذكره ويكفى عند تسليمه ما يقع عليه ذلك الاسم ، وأما ماعدا ذلك فلا يلزم ذكره .

﴿واعلم﴾ أنه يلزم فى المسلم فيه أن يذكر مقدار كيل المثلئ المكيل عند العقد كما تقدم ﴿ويوزن﴾ المراد ويذكر المقدار بالوزن فى ﴿ماعدا المثلئ﴾ المكيل ﴿ولو﴾ كاف ماعداه مما لا يوزن فى العادة نحو أن يكون ﴿آجرًا أو حشيشًا﴾ أو أحجاراً أو خشباً أو ثياباً أو بسطاً أو غير ذلك فلا بد من ذكر مقداره بالوزن غير أنه يجوز ترك الوزن عند التسليم إذا تراضيا، فإن تشاجرا وزن ، ولا يكفي ذكر الوزن بل لابد من ذكر الأوصاف المقصودة كما تقدم .

﴿و﴾ الشرط ﴿الثانى﴾ معرفة إمكانه للحلول ﴿أى يعرف أن المسلم إليه يتمكن من المسلم فيه عند حلول الأجل ويكفى عند العقد أن يعلم أحدهما أو يظن من جهة العادة أن الشئ المسلم فيه يمكن تحصيله عند حصول الأجل المضروب وإذا لم يعرف ذلك عند العقد كأن يسلم آخر الشتاء فى رطل عنب والأجل ثلاثة أيام لم يصح السلم . ﴿و﴾ لابد ﴿أن﴾ يشترط لصحة السلم فيه ﴿عدم﴾ وجوده فى ملك المسلم إليه ﴿حال العقد﴾ ، هذا هو المختار للمذهب لا ما فى الأزهار .

﴿فلو عتق﴾ من المقادير أو من المسلم فيه ﴿ما يقدر تعذره﴾ عادة عند التسليم ﴿كنسج محلة أو مكيا لها﴾ أو ميزانها ﴿بطل﴾ العقد إذا ظن عند العقد تعذر ذلك

عند التسليم ، وعلى هذا فلا يصح أن يعين ذراع رجل معين ولا ميزانه ولا مكئاله ولا نسيجه إذا لم يكن في الناحية مثله ولا ثمر شجرة معينة ولا فاكهة بستان معين ولا حنطة مزرعة معينة لجواز تعذر ذلك . أما إذا كان لمكئال المحلة أو لميزانها عيار موجود في الناحية فيصح أن يعين مكئال المحلة أو ميزانها ، وكذا لو كانت المحلة بلدة كبيرة بحيث لا يجوز جلاء أهلها عنها في العادة كصنعاء اليمن وزيد ونحوها فيصح . ﴿ فرع ﴾ وإذا شرط في المسلم فيه أن يكون من أجود ما يوجد أو من أردأ ما يوجد فإنه لا يصح لأن ذلك مجهول ، إذ ما من شيء إلا ويقال غيره خير منه أو دونه فإن قيد ذلك بأجود ما يوجد في البلد الفلاني صح إذا كان البلد صغيراً يمكن ضبط أجود ما يوجد فيه (١) .

الشرط ﴿ الثالث ﴾ ﴿ كون الثمن مقبوضاً في المجلس ﴾ المراد أنه يلزم قبض الثمن قبل التفرق ولا تكفي التخلية ، بل لابد من القبض ﴿ تحقيقاً ﴾ فلو كان على المسلم إليه دين لم يصح أن يحمل رأس مال للسلم إلا بعد أن يقبضه منه من له الدين ثم يعطيه أو يوكل المسلم إليه بقبضه له من نفسه قبل أن يتفرقا ولا بد من النقل لأن اليد لا تكون قبضاً ، وكذلك لو كان عنده وديعة ولو مضمونة لم يصح جعلها رأس مال للسلم ولو كانت حاضرة إلا أن يقبضها المالك ثم يقبضها المسلم إليه قبل التفرق ولا بد في قبضها من النقل لأن اليد لا تكون قبضاً .

﴿ فرع ﴾ فإذا كان على أحد لصالح عشرة دراهم فأسلم إليه صالح عشرين درهما عشرة نقدها له وعشرة مافي ذمته لم يصح السلم إلا في العشرة التي نقدها .

﴿ مسألة ﴾ وتصح الإحالة بالثمن إذا سلم في المجلس بأن يحيل المسلم السلم إليه على غريمه لا أن المسلم إليه يحيل غريماً على السلم بقبض رأس المال إذ هو تصرف

(١) ولعله يصح لو قال من الجيد ويسلم ما يطاق عليه اسم جيد أو طيب كما لو شرط في انقزل كونه رقيقاً سلم ما يطلق عليه اسم الرفيس اهـ

قبل القبض ، وهذا خاص في ثمن الصرف والسلم .

ولا بد أيضاً أن يكون الثمن ﴿ معلوماً ﴾ حال العقد ﴿ بجملة أو تفصيلاً ﴾ والمراد بالجملة الجزاف ولو لم يفصل من بعد نحو أن يسلم عشرين درهما في قفيز من البر وقفيز من الشعير فإنه يصح ولو لم يبين ثمن كل واحد منهما فلو عدم أحدهما قسم الثمن على قدر القيمة وما عدم رد حصته من الثمن وما وجد صح السلم فيه بحصته من الثمن .
﴿ ويصح ﴾ السلم ﴿ بكل مال ﴾ فيجعل رأس المال نقداً أو غير نقد مثلياً أو قيمياً حيواناً أو غيره منقولاً أو غير منقول كالثمن في المبيع وتثبت الشفعة فيه وبه بعد قبضه إلا أن المنفعة لا تصح أن تكون رأس مال للسلم كما تقدم في أول الباب بخلاف الثمن في البيع فإنه يصح أن يكون منفعة .

﴿ والحكم ﴾ في انكشاف الرديء ﴿ في رأس المال رديء عين أو رديء جنس ﴾ ما مر ﴿ في الصرف فإن أبدله قبل تفرقهما صح حيث كان نقداً أو مثلياً غير معين ولا قبول بالنقد فإن لم يكن كذلك كان مبيعاً والمبيع لا يصح إبداله ولكن تكون الرداءة عيباً فيه فيرضى به أو يفسخ ولا يبطل بقدره ، وهذا في رديء العين . قال في البيان وهامشه : فأما رديء الجنس فيصح إن رضيه وإلا فإن رده في أول مجلس يتفقان فيه صح رده وإبداله وإن لم يرده في مجلس الرد فلعله يلزم ولا خيار ولا بطلان كما مر في الصرف .

﴿ واعلم ﴾ أنه يثبت في المسلم فيه خيار الرؤية والميب ، وإذا رد بخيار الميب لزم المسلم إليه إبداله غير معيب وإن رد بخيار الرؤية: انفسخ السلم ولا يبدل لأنه يؤدي إلى التسلسل بخلاف الرد بالميب .

﴿ الشرط الرابع ﴾ ﴿ الأجل المعلوم ﴾ فلا يصح معجلاً لأنه يكون بيعاً بلفظ السلم ، وهو لا يجوز ولا يصح مؤجلاً بأجل مجهول ، وكذا لو قال إلى أجل كذا إن وجد فيه وإلا فإلى أجل كذا فلا يصح لعدم العلم في أي وقت سيُسَلَّم .

﴿ فرع ﴾ وما علق من الآجال كلها بوقت غير معلوم كالصيف والحريف والشتاء والصراب ومجيء القافلة ونحو ذلك كان السالم به باطلا ويفسد البيع الذي شرط فيه .

﴿ ح ﴾ الأجل ﴿ أقله ثلاث ﴾ بأيامها تحديداً من الوقت إلى الوقت فلا يصح الأقل أقل من ثلاث ، أما أكثر الأجل فلا حد له ﴿ و ﴾ من أسلم في شيء كان أجله إلى ﴿ رأس ماهو فيه ﴾ من أسبوع أو شهر أو سنة وجب أن يكون ﴿ لآخره ﴾ نحو أن يؤجله إلى رأس الشهر الذي قد دخل بعضه فإنه يجب أن يكون لآخره ، وكذا في الأسبوع والسنة حيث كان الباقي من ذلك ثلاثة أيام فصاعداً ﴿ والا ﴾ يسلم إلى رأس الشهر الذي هو فيه بل إلى رأس الشهر المستقبل ﴿ فلرؤية هلاله ﴾ وهي الليلة الأولى التي يرى فيها هلال ذلك الشهر ، ولكن لا يتضييق الطلب إلا بعد طلوع الشمس في أول يوم منه ، وإذا أسلم إلى رأس السنة كان حلول الأجل في الليلة التي يرى فيها هلال أول شهر من السنة كما في الشهر سواء ، ﴿ و ﴾ إذا جعل الأجل إلى يوم كذا ولم يمين ساعة منه كان اليوم كله وقتاً لإيفاء السلم و ﴿ له ﴾ مهلة ﴿ إلى آخر ﴾ ذلك ﴿ اليوم المطلق ﴾ وكذلك الليلة المطلقة بخلاف لو قال إلى شهر كذا ، أو إلى سنة كذا لم يدخل الشهر والسنة في الأجل فيكون حلول الأجل عند أولها كما تقدم وكان القياس أن يكونا مثل اليوم ، ولكن جرى العرف بخلاف ذلك .

﴿ ويصح ﴾ التمجيل للمسلم فيه قبل حلول أجله ﴿ كما مر ﴾ في القرض على ذلك التفصيل وهو أن يكون مساوياً لما يلزم له قدرأ وصفة وأن لا يخشى عليه من ظالم وأن لا يكون له غرض بتأخيره إلى أجله ، ويصح التمجيل بشرط حط البعض كما مر في القرض .

﴿مسئلة﴾ وإذا سلم المسلم إليه بمض الذي عليه لم يجب على المسلم قبوله وسواء كان الباقي ممكنا تسليمه أو متعذراً فإن رضى يقبض البعض خير في الباقي بين الفسخ أو أن يصبر حتى يجد الباقي ، وإذا تراضيا على تسليم أدنى مما شرط في النوع أو في الصفة جاز ، ولا يجوز أن يتراضيا على دفع عوض عن نقصانه كما لا يجوز أن يتراضيا على دفع عوض عنه .

﴿الشرط الخامس﴾ ﴿تعيين المكان﴾ الذي فيه يسلم المسلم فيه وسواء كان مما لحله مؤنة أم لا فإذا عين التسليم إلى السوق وجب إيصاله إليه ، وإن عين إلى البلد فالتبعية العرف . وعرفنا الآن لزوم إيصاله إلى بيته إذا عين البلد . فلو تراضيا عند التسليم على تسليمه في بلد غير البلد الذي شرط تسليمه فيه مع أجرة من يحمله إلى البلد الذي شرط تسليمه فيه جاز أخذ الأجرة ولو أخذها المسلم إليه لنفسه هذا هو الصحيح .

﴿نعم﴾ فهذه - وإليها تجوز الربح والخسران - هي شرط السلم المعتبرة فيه « لكن » يحتاج فيها إلى تفصيل بأن^(١) يقال « ما هو من غير شروط البيع » الأصلي الذي ضرب له كتاب البيع كما مر « اعتبر حصوله ولو » تراخيا بعد العقد مدة كثيرة ﴿قبل التفرق﴾ أي قبل أن يتفرقا بعد العقد ولو في غير مجلسه مهما انتقلا معاً فلو لم يذكر الأجل حال العقد ثم ذكر قبل التفرق صح لأنه ليس من شروط البيع بل يختص بالسلم وهكذا سائر الشروط المختصة بالسلم كقبض الثمن وتعيين المكان وتجوز الربح والخسران لا ما كان مختصاً بشروط البيع الأصلي كجهالة قدر المسلم فيه وجنسه ونوعه وصفته فإنه لا يصح السلم معها ولو رفعت

(١) كما في حاشية السحولي وفتح الغفار والتذكرة : في قبض الثمن وتعيين المكان وإن كان ظاهر شرح الأزهار والبيان الاطلاق اهـ .

الجهالة في المجلس بل لا بد من مقارنة ذكرها للمقد هذا هو الذي ينبغي أن يقرر للذهب .

﴿ و ﴾ يشترط أيضا في صحة عقد السلم ﴿ تجوز الربح و ﴾ تجوز ﴿ الخسران ﴾ والمراد أن المسلم إليه لا بد أن يكون مجوز الربح والخسران أو قاطعا بالربح ، والمسلم لا بد أن يكون مجوزا لهما أو قاطعا بالخسران ، فلو قاطعا معا بعدم اختلاف القيمة صح وكذا لو قاطعا بالربح للمسلم إليه جاز ذلك وصح لأنه يجوز بيع الشيء بأكثر من سعر يومه ممجلا .

﴿ وقال في البيان ﴾ ولا بد أن يكون رأس المال مما يمكن أن يكون ثمتا للمسلم فيه في بعض أحوال الأجل فإن كان رخيصة رخصا لا يباينه في بعض أوقاته لم يصح . ﴿ تنبيه ﴾ وما يصح فيه السلم من المال يصح عقد السلم عليه إذا حصلت شروط العقد التي تقدمت فإن نقص شيء منها كان العقد باطلا لأنه لم يصح سلما لعدم تكامل شروطه ولم يكن بيعا صحيحا ولا فاسدا لأن البيع لا يقع بلفظ السلم ^(١) لذلك كان باطلا لأنه مما اختل فيه ذكر المقد . وإذا لم يصح السلم لم يملك المسلم إليه ما قبض من رأس المال ولا يجوز له التصرف فيه بل يجب رده إلى المسلم .

﴿ فصل ﴾

﴿ ٢٣٧ ﴾

﴿ ومتى بطل ﴾ السلم ﴿ لفسخ ﴾ بالتراضي ^(٢) ﴿ أو عدم جنس ﴾ المسلم فيه مع المسلم إليه مطلقا ومع غيره في البريد فإن لها الفسخ لتعذر التسليم إلا أن يتراضيا على الانظار حتى يوجد وكذلك لو وجد مع إعسار المسلم إليه . قال في البيان :

(١) فلو وقع السلم بلفظ البيع وفقد بعض الشروط فلهذا يكون بيعا فاسدا لأنه بيع معدوم وبيع المعدوم فاسد كما تقدم في البيع غير الصحيح اهـ .
(٢) أو الاقالة بينهما والاقالة هنا فسخ في حق الشفيع وغيره اهـ .

أما لو وجد في ملك غيره وكان يمكنه شراؤه لزم تحصيله بما لا يخفف ولو من المسلم شراء أو نحوه .

﴿ فرع ﴾ فلو عدم نوعه أو صفته ووجد غيره فإن كان النوع الموجود اعلا من النوع المشروط لم يجز للمسلم أخذه إلا أن يرضى المسلم إليه فيخير المسلم بين قبوله أو الفسخ أو التأجير حتى يوجد ، وإن كان الموجود أعلى في الصفة من المشروط فالواجب على المسلم قبوله ولم يبق له خيار ما لم يكن خلاف غرضه فلا يجب قبوله وإن كان الموجود أدنى من النوع المشروط فلا يلزم تسليمه وقبوله إلا مع تراضيهما . وإن كان الموجود أدنى من المشروط في الصفة فلا يلزم المسلم قبوله بل يلزم المسلم إليه تسليمه إن طلب المسلم لأنه قد رضى بتمتصان حقه . هذا ما تقتضيه القواعد وإن لم ينص إلا على بعض تلك الأمور ﴿ نعم ﴾ فتنى بطل السلم بالفسخ لشيء مما تقدم ﴿ لم يؤخذ ﴾ من المسلم إليه ﴿ إلا رأس المال ﴾ إن كان باقياً في يده ﴿ أو ﴾ عوضه « إن كان « تالفاً » ففي المثل = ﴿ مثله ﴾ إن وجد ﴿ أو قيمته يوم قبض إن ﴾ عدم المثل أو كان قيمياً سواء ﴿ تلف ﴾ رأس المال ولو حكماً أو خرج عن مسلك المسلم إليه بأى وجه .

﴿ أما فوائد رأس المال ﴾ فلا ترد إذا كان الفسخ بالتراضى وإن كان بالحكم ردت الأصلية دون الفرعية وإن كان الفسخ لبطلان رأس المال ردت الفرعية والأصلية سواء كان الفسخ بالحكم أم بالتراضى إذ هو نقض للمقد من أصله ﴿ ولا يبتع به ﴾ أى ولا يشتري المسلم برأس المال ﴿ قبل القبض شيئاً ﴾ إذا بطل السلم بالفسخ كما تقدم ولو كان رأس المال نقداً فإنه لا يبتاع به شيئاً لا من المسلم إليه ولا من غيره مهما لم يقبضه ﴿ لا ﴾ إذا بطل السلم ﴿ فساد ﴾ المراد باختلال شرط من شروطه ﴿ فياً أخذ ﴾ المسلم ﴿ ما شاء ﴾ إما رأس المال أو بدله أو يشتري به شيئاً آخر ولو قبل قبضه .

﴿ومتى﴾ كان السلم باطلا لا اختلال شرط ووجب رد الثمن وقد تلف و﴿توافيا فيه﴾ أى فى ثمنه ﴿مصرحين﴾ بلفظ القضاء بأن يقول المسلم إليه قضيتك عما أسدلت إلى ويقول المسلم قبلت ﴿صار﴾ ذلك ﴿بيعا﴾ أى بمنزلة بعت واشتريت ونبس من السلم فى شىء لبطلانه ﴿وا﴾ ن ﴿لا﴾ يصرّحاً بالقضاء والقبول لم يكن بيما بل معاطاة لحصول التواطؤ بينهما على أن الثمن هو رأس المال وإن لم يكن بيما ﴿جاز﴾ لكل واحد منهما ﴿الارتجاع﴾ لما سلم «فيرجع المسلم إليه بما دفع للمسلم ويرجع المسلم على المسلم إليه بقيمة رأس مال السلم أو مثله لأن المفروض أنه قد تلف رأس المال^(١) .» وأما إذا كان رأس المال باقياً فيرد إليه رأس ماله ولا يحتاج إلى لفظ القضاء .

﴿و﴾ ﴿اعلم﴾ أنه ﴿لا يحدد﴾ السلم الباطل على وجه الصحة ﴿الابعد التراجع﴾ الأولى «إلا مع التراجع» فيسترد المسلم ما كان سلمه أو مثله أو قيمته إن كان قد تلف ثم يرجعه إليه ومتى حصل التراجع صح التجديد ولو وقع العقد فى المجلس قبل التراجع وهذا بخلاف الصرف فلا يجب التراجع لأنه فى ذمتين وما فى الذمة قد تمين كالحاضر .

﴿ويصح﴾ من المسلم ﴿إنظار مدم الجنس﴾ المسلم فيه أو النوع أو الصفة إذا عدم ذلك فى البريد فله إنظاره وللمسلم إليه أن يرضى بالإنظار أو يفسخ لتمذر التسليم وإذا رضى به لزم الإنظار لأنه مستند إلى عقد فلا يجوز الطلب فى مدة الإنظار .
﴿و﴾ يصح من المسلم والمسلم إليه ﴿الخط والإبراء﴾ والإسقاط عن صاحبه سواء كان من رأس المال أو من المسلم فيه وسواء كان بعض الحق الذى وجب أو كله فيصح ذلك ﴿قبل القبض غالباً وبمده﴾ أى بعد القبض لكن بلفظ التملك .

﴿وتفصيل ذلك﴾ ان كان بعد القبض صح فى البعض والكل من غير فرق بين

(١) من حاشية السحول .

رأس المال والمسلم فيه إذا كان بلفظ التملك أو النذر أو الهبة أو الصدقة لا بلفظ الإبراء ونحوه فلا يصح . وإن كان قبل القبض فإن كان من المسلم فيه صح في البعض والكل إذا كان بلفظ الإبراء والإسقاط أو الخط لا بلفظ التملك فلا يصح . وإن كان من رأس المال صح في البعض بلفظ الإبراء ونحوه مهما كان الباقي من الممكن فيه أن يكون ثمنًا للمسلم فيه في بعض أوقات الأجل وإلا فلا يصح ولا بد أيضًا من بقاء تجوز الربح والخسران إذا وقع الخط حال العقد . فلو قطع المسلم بالربح لم يصح الخط ولزم رأس المال جميعه وهاتان صورتان قد اختلفت عليهما الإمام بقوله « غالبًا » أما لو قطع المسلم بعد الخط بالربح بعد العقد فلا يضر . ﴿ ويصح ﴾ السلم ﴿ بلفظ البيع ﴾ فيقول المسلم بمت إليك هذا بكذا أو أسلمت إليك بكذا ﴿ كالصرف ﴾ حيث صح بلفظ البيع كما تقدم وكذا القضاء والصالح يصحان بلفظ البيع ولا يصح بأيهما ولا يصح أيهما بالآخره .

قال الإمام و ﴿ لا ﴾ يصح ﴿ هو ﴾ أى البيع ﴿ بأيهما ﴾ أى لا يتمم البيع بلفظ السلم ولا بلفظ الصرف في غير بأيهما ﴿ ولا ﴾ يتمم عقد ﴿ أيهما ﴾ بلفظ ﴿ الآخر ﴾ فلا الصرف يتمم بلفظ السلم ولا السلم يتمم بلفظ الصرف فلو أتى بأيهما في غير بابه كان العقد معاطاة .

﴿ فصل ﴾

﴿ ٢٣٨ ﴾

﴿ وإذا اختلف البيعان ﴾ في وقوع العقد وعدمه أو في البيع أو في الثمن أو في الخيار أو في الأجل أو في غير ذلك ﴿ فالقول ^(١) في العقد لمنكر وقوعه ﴾ نحو أن

(١) وأولى من ذلك عبارة الفتح وهي: « فالقول لمنكر خلاف الأصل » وهو من الظاهر معه « كما مر » في النكاح « و » كما « يأتي » إن شاء الله تعالى في الدعاوى تحقيق ذلك اهـ .

يقول المشتري بعت منى كذا وينكر البائع ، أو يقول البائع اشتريت منى بكذا وينكر الشراء فالقول قول المنكر مع يمينه . فلو أنكر المشتري وأقر البائع بالعقد وقبض الثمن فلا يمين على المشتري وكانت العين لبيت المال . ولو رجع المشتري إلى تصديقه فلو قال المشتري أن ما قبضه البائع هو قرض كان القول قوله . وإذا صارت العين لبيت المال وقام فيها شفيع فله الشفعة ويكون الثمن لبيت المال فإن لم يقر البائع بقبض الثمن فلا يبيع بعد التحالف وعدم البيئة ، فإن أقر البائع بقبض البعض من الثمن فله أن يفسخ ويدفع ما أقر به لبيت المال وإن لم يفسخ فيجب أن تباع العين ويوفى ماله والبقية لبيت المال ويقبل قوله في الباقي من الثمن .

﴿ فرع ﴾ فلو أقر البائع بالإيجاب وأنكر قبول المشتري بأن قال أوجبت ولم يقبل ، وقال المشتري بل قبلت صدق المشتري مع يمينه . ﴿ و ﴾ القول لمنكر ﴿ فسخة ﴾ حيث تصادقا على وقوع العقد لكن ادعى أحدهما أنه وقع التفاضل بينهما بأي سبب من الخيارات . قاله وأنكر الآخر فالقول للمنكر لأن الأصل بقاء العقد .

﴿ و ﴾ إذا ادعى أحدهما فساد العقد بعد التصديق على وقوعه فالقول لمنكر ﴿ فسادة ﴾ سواء أقر بالبيع ثم ادعى الفساد ، أم ادعى الفساد أولا متصلا أم منفصلا . وهذا مبني على أنه وقع العقد في جهة قلما يتعاملون فيها بالعقود الفاسدة وإنما أكثر معاملاتهم بالعقود الصحيحة وكذا لو استوت معاملاتهم بالعقود الفاسدة والصحيحة أو التبس أيهما أكثر في معاملاتهم ، فأما لو كانت أكثر المعاطاة بينهما واقعة على وجه الفساد فالقول قول من يدعي وقوعه فاسداً .

﴿ وتفصيل المسئلة ﴾ أن البيعين إما أن يختلفا في الصحة والفساد على وجه الإجمال أو على وجه التفصيل ، فإن اختلفا على وجه الإجمال فالقول لدعى الصحة « ولكن (٣٣ - التاج المذهب - ن)

لا يخلو « إما أن يقيم البيئة أحدهما أو كلاهما أو لا يئنة لواحد منهما » فإن بين أحدهما حكم له « وفائدة البيئة ممن القول قوله سقوط اليمين الأصلية عليه حيث شهدت على التحقيق « وإن بيننا معا » فإن أطلقنا أو أرختنا بوقتين ، أو أطلقت إحداها وأرخت الأخرى « حمل » ذلك « على عقدين » أحدهما صحيح والآخر فاسد وحكم بالصحة سواء تقدم الصحيح أم تأخر لأنه إن تقدم الصحيح فلا حكم للفساد وإن تأخر كان تصحيحاً للفساد فإن أضفنا إلى وقت واحد أو تصادق البيمان على أنه عقد واحد تكاذبت البينتان وصارا كما لو لم يبيننا فيثبت التحالف بينهما كما يأتي . « وإن لم يبين » واحد منهما فإن حلف مدعى الصحة أو حلفا معا حكم له بالصحة . وإن نكل أو زد اليمين وحلف صاحبه أو نكلا معا حكم عليه بالفساد . هذا وأما إذا اختلف البيمان في الصحة أو الفساد « على وجه التفصيل » « فالقول قول مدعى الصحة » مطلقاً إلا إذا فصل مدعى الفساد وجه الفساد بأنه لصغر وأضافاً وقوع العقد إلى وقت محتمل الصغر والكبر فالقول قول من يدعى الصغر وإن لم يضيفاً كذلك فالقول لمدعى الصحة وكذا لو ادعى الجنون فإن القول لمدعى الصحة إلا أن يكون الغالب عليه زوال العقل فالقول لمدعى الجنون لأن الظاهر معه .

« و » القول لمنكر وقوع « الخيار » في المبيع « و » لمنكر ثبوت « الأجل » في الثمن لأن الأصل عدمهما ، أما في السلم لو ادعى تأجيل المبيع كان القول قوله ما لم يدع أن الأجل دون ثلاث .

« فرع » وإذا جرى العرف في تأجيل ثمن المبيع فإن القول قول من يدعى ذلك لأن الظاهر معه .

« و » إذا تصادقا على وقوع الخيار أو الأجل واختلفا في قدر المدة أو في انقضاءها فالقول قول منكر « أطول المدتين » منكر « مضيا » إذ الأصل القلة وعدم الانقضاء « وإذا » ادعى رجل على رجل أنه باع منه جارية وادعى المشتري أنه تزوجها

منه و ﴿ قامت يبتا بيع الأمة وتزويجها استعملتا ﴾ جميعا إن أمكن استعمالهما فيحكم بالبيع أو بالتزويج حيث يضيفان إلى وقتين أو يطلقان أو يطلق إحداها وتؤرخ الأخرى ويمكن استعمالهما ^(١) وحيث أضافنا إلى وقت واحد ولم يمكن استعمالهما وتكاذبتا كان كالمو بيئنا. وقد بين الإمام الحكم عند عدم البينة بقوله ﴿ فإن ﴾ لم تكن لأيهما بينة و ﴿ حلفا ﴾ مما أى حلف مالسكها أنه ما زوجها وحلف الزوج أنه ما شراها ﴿ أو نحوه ﴾ بأن نكلا مما تهاوتت الميئان أو النكولان و ﴿ ثبتت للمالك ﴾ ولا مهر ولا نكح إلا أن يكون قد دخل بها لزم المهر .

﴿ لا ﴾ إذا قامت ﴿ يبتا المتق والشراء ﴾ فإنه لا يصح أن تستعمل البيئتان مما كما في المسئلة الأولى . بل يقال إذا ادعى رجل أنه اشترى أمة من مالسكها وأقام ، البينة وادعت الأمة أن مالسكها اعتقها وأقامت البينة ﴿ فا ﴾ ن ا ﴿ لمتق ﴾ يحكم به إذا وقع التداعى ﴿ قبل القبض ﴾ من المشتري للأمة ﴿ و ﴾ يحكم ببينة ﴿ الفراء ﴾ إذا وقع التداعى ﴿ بعده ﴾ أى بعد القبض وهذا التفصيل ثابت في البيئتين ﴿ إن أطلقنا ﴾ وقوع ذلك ولم تؤرخه فإن أرختا عمل بالتقدمة فإن أرخت إحداها عمل بالموخرة . فإن لم تكن لأيهما بينة حكم لن أقر له البائع وحلف للآخر ، فإن حلف لها مما بقيت الأمة له وإن نكل أو أقر لها مما حكم بإقراره المتقدم وبنكوله المتقدم من عتق أو بيع . فإن قال فملئها مما رجح المتق وبسعت بنصف قيمتها للبائع لا للمشتري ويسلم السيد للمشتري جميع الثمن لأنهما كالتالف قبل القبض .

﴿ و ﴾ إذا اختلف البيعان ﴿ فى ﴾ قبض ﴿ البيع ﴾ فادعى البائع أن المشتري قد قبضه وأنكره المشتري أو ادعى المشتري القبض وأنكره البائع فالقول ﴿ لمنكر قبضه ﴾ ومثل القبض التخلية في المقد الصحيح إذ الأصل عدم التخلية وعدم القبض

(١) وتفصيل ذلك سيأتى في كتاب الشهادات في فصل ٣٧٣ فلا حاجة لذكره هنا فراجع

في محله إن شئت الله .

إلا في متفق الجنس والتقدير برأ بيرة وفي الصرف فحيث ادعى القبض في أيهما أنه وقع قبل التفرق فالقول قول مدعى القبض والبينة على المنكر لأنه مدعى الفساد .

﴿ و ﴾ القول لمنكر ﴿ تسليمه كاملاً ﴾ فلو قال المشتري ما قبضت إلا بعض المبيع والبائع يدعى أنه سلمه كاملاً فالقول للمشتري بخلاف ما لو قال قبضته ناقصاً فقد أقر بالقبض أو لا فلا يسمع قوله بأنه ناقص، وهذا حيث كان عارفاً لحكم هذا النطق والقول لمن أنكر تسليمه كاملاً كما تقدم ﴿ أو ﴾ أنكر أن تسليم المبيع وقع ﴿ مع زيادة ﴾ أي أنكر الزيادة أو الغلط فلو قال للمشتري ما قبضت إلا قدر المبيع أو أكثر أو المبيع لا غيره وادعى البائع أنه سلم أكثر من المبيع أو غير المبيع غلطاً فالقول للمشتري وكذلك في الثمن إذا ادعى البائع أنه قبضه ناقصاً أو ادعى المشتري أنه سلمه زائداً فإن القول لمنكر ذلك والبينة على المدعى .

﴿ و ﴾ إذا ادعى المشتري عيباً في المبيع فأنكر البائع ﴿ تمييزه ﴾ فالقول للمنكر والبينة على المشتري وكذا لو علم بالعيب ولم يعلم بأنه عيب لعدم معرفته فإنها تسمع بينته على دعواه ^(١) . وكذا لو ادعى البائع تعيب الثمن فأنكر المشتري فالقول للمنكر والبينة على المدعى . وإذا قبض الثمن مبيعاً فله أن يحلف ما قبض ثمن سلعته إذ العقد يقتضي ثمناً صحيحاً وهي حيلة يدفع بها إنكار المشتري تعيب الثمن .

﴿ فرع ﴾ وإذا أراد المشتري أن يرد المبيع بأي الخيارات فادعى البائع أنه قد تعيب عند المشتري ليمتنع عن الرد بالخيار فأنكر المشتري فالقول للمنكر والبينة على البائع .

(١) « قلت » وفي هذا نظر فالبينة ستكون على نفي ولا يمكن أن تكون البينة على عدم المعرفة لأن ذلك لا يعرف إلا من جهته، وإذا كان العيب لا يعرف إلا من جهة المدعى فالقول قوله مع عينه، وإذا كان القول قوله فلمله لا يكون إلا حيث الظاهر معه كأن يكون العيب مما لا يعرفه إلا ذوو الخبرة كالسن في الحيوان لو رآه وإلا فلا . فليتأمل اهـ .

﴿و﴾ إذا اختلف البيعان في نفس العيب مع اتفاقهما على وجوده كتطارات دهن في ثوب ونحو ذلك فقال المشتري هذا عيب تنقص به القيمة وأنكر البائع ﴿أن ذا عيب﴾ تنقص به القيمة فالقول للمنكر والبينة على المشتري فلو أقر البائع بأنه عيب ﴿و﴾ أنكر كونه ﴿من قبل القبض﴾ وادعى المشتري أن العيب كان موجوداً عند البائع فالبينة على المشتري والقول للمنكر ﴿فما يحتمل﴾ أنه حدث قبل القبض ويحتمل أنه حدث بعده . وإذا كان القول قول البائع ولزمته اليمين عند عدم البينة للمشتري فحيث لا يعلم أن العيب حدث عنده له أن يحلف على القطع استناداً إلى الظاهر .

﴿فرع﴾ فإن كان مما يعلم أنه حدث قبل البيع لا محالة نحو اصبع زائدة أو نقصان خلقة وكذا إذا كان مثله لا يحدث في المدة القريبة نحو الداء العتيق فلا بيعة ولا يمين ويجب رده على البائع إذا جهله المشتري . وأما إذا كان العيب مما يعلم أنه حادث عند المشتري لا محالة كالجراحة الطرية ونحوها فهو لازم للمشتري ولا يمين .

﴿مسئلة﴾ وإذا مات المبيع عقيب قبض المشتري له فادعى أن موته بسبب كان حاصلًا فيه قبل قبضه وأنكر البائع فالبينة على المشتري لأن الأصل سلامة البيع من العيب ولو كان الموت في الأغلب لا يكون إلا بعد علة طويلة فلا يمنع من ذلك وإذا بين المشتري ثبت له الرجوع بالأرض فقط^(١) .

﴿و﴾ إذا تصادق البيعان على أن العيب من عند البائع لكن ادعى البائع على المشتري أنه قد رضى به أو ادعى عليه ما يجري مجرى الرضى كأن يدعى قبضه عاله بالعيب وأنكر المشتري ذلك فالقول لمنكر ﴿الرضا به﴾ ولمنكر ما يجري مجرى: (١) فلو بين على عيب لا قيمة للمبيع معه فلمله يرجع بكل الثمن كما تقدم في خـ

الرضا والبينة على المدعى . ﴿ قيل ﴾ والقائل هو ابن أبي الفوارس ﴿ و ﴾ القول لمنكر ﴿ أكثر القدرين ﴾ فإذا ادعى المشتري أن المبيع أكثر مما أقر به البائع فالقول للبائع وهذا القول صحيح للعذهب سواء ادعى ذلك قبل القبض أم بعده .

﴿ مسألة ﴾ وإذا قال المشتري اشتريت الأمة والعبد بألف وقال البائع بل العبد بألف ، فالقول لمنكر أكثر القدرين وهو البائع والبينة على مدعى الزيادة وهو المشتري ، فلو بينا مما حكم المشتري لأن بينته تسند على إثبات وهي الزيادة في المبيع وبينة البائع على نفي ، وهذا إذا اتفقا في الثمن لا مع اختلافهما فكل واحد مدع ومدعى عليه .

﴿ ولبائع لم يقبض الثمن ﴾ القول ﴿ في نفي إقباضه ﴾ أى في نفي إقباض المبيع بإذن منه فلو قال البائع إن قبض المشتري للمبيع كان بلا إذن مني فالقول للبائع في نفي الإذن بالقبض إذا لم يكن قد قبض الثمن ، والبينة على المشتري ، أما لو كان البائع قد قبض الثمن أو أحال به أو أحيل له فلا فائدة لذلك لأنه إذا كان البيع صحيحاً والمبيع غير مشترك كانت للمشتري حينئذ أن يأخذ المبيع من البائع ولو كرهاً . ﴿ و ﴾ إذا بطل السلم أو تفاسخ فيه وكان رأس المال قد تلف في يد المسلم إليه وهو قيمي واختلفا في قدر قيمته فالبينة على السلم والقول ﴿ للمسلم إليه ﴾ في قيمة رأس المال ﴿ إذا اختلفا فيه ﴾ بعد التلف ﴿ حساً أو بعد التلف حكماً ﴾ إذا بطل السلم بالتفاسخ فإن القول قوله مهما لم يمكن تقويمه في يد من قد صار إليه . وهذا لا يختص المسلم إليه بل وكل فسخ فإن القول فيه للراد وهو البائع في قدر الثمن ونوعه وصفته وقيمه لو تلف .

﴿ مسألة ﴾ فلو قال رب السلم ما أدري ماذا كان يساوى عرضي ، وقال المسلم ما أدري ماذا كان يساوى ثم أن يوصف لمن يعرف ثمن مثله ثم يقوم بقيمته على الوصف ثم يحكم بذلك بينهما ولا ينظر إلى قيمة ما أسلم فيه . أما إذا بطل السلم وكان رأس المال باقياً فإنه يلزم أن يرد به بينه ولو كان بطلانه بالتفاسخ ، فلو كان باقياً وقد خرج عن يده وجب عليه أن يستفديه بما لا يجحف إذا كان بطلان السلم لاختلال شرط

فإن كان غير ذلك لم يجب عليه إلا قيمته يوم القبض .

﴿ فأمّا ﴾ إذا اختلف البيعان أو المسلم أو المسلم إليه ﴿ في جنس المبيع ﴾ نحو أن يقول المشتري اشتريت منك برّاً ، فيقول البائع بل شعيراً أو أسلمت إليك في بر فيقول بل في شعير ولا يئنة لأحدهما أو كان لهما يئنتان فإنه سيأتي بيان ذلك .
﴿ و ﴾ كذا إذا اختلفا في ﴿ عينه ﴾ أى في عين المبيع ، نحو أن يقول اشتريت منك هذا الثوب ، فيقول بل هذا^(١) ، ﴿ و ﴾ كذا في ﴿ نوعه ﴾ نحو أن يقول اشتريت منك زيبياً أبيض ، فيقول بل أسود ، أو أسلمت إليك في زيب أبيض ، فيقول بل في أسود ، ﴿ و ﴾ كذا في ﴿ صفته ﴾ نحو أن يقول اشتريت منك برّاً أحمر ، فيقول بل أبيض ، أو أسلمت إليك في بر أحمر فيقول بل في أبيض . ﴿ و ﴾ كذا في ﴿ مكانه ﴾ نحو أن يقول أسلمت إليك وشرطت الإيفاء في البلد الفلاني ، فيقول بل في البلد الفلاني فإذا لم يكن المشتري قد قبض المبيع فاختلفا في أى هذه الأمور ﴿ ولا يئنة ﴾ لأحدهما أو نحوها كنفكول أحدهما أو علم الحاكم كان كل واحد منهما مدعياً ومدعى عليه ﴿ فيتحالفاً ﴾ ويحلف كل واحد منهما على النفي أنه ما شى كذا أو ما باع كذا ﴿ و ﴾ بمد التحالف ﴿ يبطل ﴾ العقد بالتراضى بينهما على فسخه ، أو يفسخه الحاكم عند التشاجر . فأمّا إذا كان المشتري قد قبض المبيع فالظاهر معه لأن البائع يدعى الغلط فيما سلم وقد تقدم^(٢) أن عليه البينة في دعوى الغلط أو الزيادة فكذا في الجنس . وقوله ﴿ غالباً ﴾ احتراز من الزيادة في الصفة فإنه يجب على المشتري قبولها للتسامح في ذلك ، وهذا ما لم يخالف غرضه .

قال الإمام عليه السلام ﴿ فإن ﴾ اختلفا في شيء مما تقدم و: ﴿ بينا ﴾ مما أى بين كل واحد على دعواه ﴿ فلمشتري ﴾ الحكم عملاً ببيئته وهذا ﴿ إن أسكن ﴾ ان

(١) وأما المسلم فيه فلا يصح تعيينه اهـ .

(٢) قريباً في قوله ولو أنكر تسليمه كاملاً أو مع زيادة اهـ .

يحتمل أنه وقع بينهما ﴿عقدان﴾ بين كل منهما على عقد^(١) ويمكن الحل على هذا إذا لم يضيفا شهادتهما إلى وقت واحد ولم يتصادق البيعان على أنه عقد واحد ﴿وا﴾ ن ﴿لا﴾ يمكن حمل البيئتين على عقدين إما لكونهما أضافتا إلى وقت واحد أو لكون البيعين تصادقا على أنه عقد واحد بطلت البيئتان فيرجع إلى التحالف فإذا حلفا مما ﴿بطل﴾ العقد لجهالة المبيع ﴿و﴾ أما إذا اختلف البيعان ﴿في﴾ جنس الثمن ﴿الذي عقد به فالقول﴾ لمدعى ما يتعامل ﴿الناس﴾ به ﴿في﴾ ذلك ﴿البلد﴾ ولو كان من غير التقدين وسواء كان المبيع باقيا في يد البائع أم في يد المشتري، وكذا لو تلف في يد المشتري أو في يد البائع بعد أن قبضه المشتري ورده إليه أمانة أو نحوها . فلو كان في البلد عقدان فالقول لمدعى الأغلب من التقدين في التعامل به فإن استويا في التعامل بهما أو التبس الأغلب فكما سيأتى في الاختلاف في جنس الثمن ﴿ثم﴾ إنهما إذا اختلفا في قبض الثمن كان القول ﴿للبائع﴾ في نفي قبضه مطلقا^(٢) سواء اختلفا في المجلس أم بعده وسواء كان المبيع في يد البائع أم في يد المشتري وسواء جرى عرف بأن البائع لا يسلم المبيع إلا بعد تسليم الثمن أم لا وسواء وجدت قرينة أخرى أم لا فإن القول للبائع لأن الثمن لازم بيقين والأصل بقاؤه والبيئنة على المشتري في تسليمه .

﴿إلا﴾ إذا اختلف البيعان ﴿في﴾ ثمن ﴿السلم﴾ ففي المجلس فقط ﴿القول قول البائع وهو المسلم إليه في أنه لم يقبض الثمن لأن الأصل قبل التفرق عدم القبض وبعد التفرق يكون القول قول المسلم والبيئنة على البائع لأن من شرط السلم القبض للثمن قبل التفرق فإذا ادعى البائع عدم القبض له فقد ادعى فسادا والقول لمنكر فسادا ، وكذا كل ما يحتاج إلى قبض قبل التفرق كالصرف والربويات . ﴿و﴾ القول للبائع ﴿في قدره﴾ أى في قدر الثمن ، وكذا في عينه ويكون القول قوله مهما لم يدع

(١) وكان القياس أن يلزم كل واحد منهما ما بين عليه الآخر ولكن ظاهر الأزهار خلافة وهو للمذهب اهـ . (٢) توجد ههنا مذاهب مخالفة للاطلاق ولعل الاطلاق هو الأصح اهـ .

خلاف الظاهر فإن ادعى خلاف الظاهر كأن يدعى ما فيه غبن ظاهر على المشتري زائد على ما يتغابن الناس بمثله نحو أن يقول في دعواه بعث منك هذا الثوب بعشرين درهماً وهو لا يساوى إلا خمسة دراهم فيثبت القول قول المشتري . ﴿ و ﴾ القول أيضاً للبائع في ﴿ جنسه ﴾ أى جنس الثمن حيث اختلفا في تقدير غير متعامل بهما في البلد أو كان التعامل بهما في البلد على السواء وإلا فالقول لدعى ما يتعامل به في البلد أو مدعى الأغلب كما تقدم قريباً .

﴿ و ﴾ القول للبائع في ﴿ نوعه ﴾ أى نوع الثمن ﴿ وصفته ﴾ وقدره وجنسه كما تقدم ذلك لكن ﴿ قبل تسليم البيع ﴾ له الحق في حبس البيع حتى يستوفي الثمن اللازم له ﴿ لا ﴾ لو اختلفا في قدر الثمن أو صفته أو نوعه أو جنسه ^(١) ﴿ بعده ﴾ أى بعد تسليم البيع ﴿ فلامشتري ﴾ أى فالقول للمشتري في ذلك سواء كان البيع باقياً في يد المشتري أم خرج من يده أم تلف فإن القول قوله مهما لم يدع ما فيه غبن على البائع زائد على ما يتغابن الناس بمثله فإن ادعى ما فيه ذلك كان القول قول البائع ﴿ فرع ﴾ فلو كان البائع قد سلم بعض البيع ثم اختلفا في قدر الثمن أو نحوه كان القول للبائع إذا كان الثمن جملة ، وإن تميزت الأثمان فالقول قوله فيما لم يسلمه والقول قول المشتري فيما قد قبضه . والله أعلم .

تم بحمد الله تعالى طبع الجزء الثانى من كتاب : (التاج المذهب

لأحكام المذهب) شرح متن الأزهار فى فقه

الأمّة الأطهار ، تأليف : القاضى العلامة

أحمد بن قاسم الصنعائى . و يليه

الجزء الثالث وأوله :

كتاب الشفعة

(١) ولعل هذا إذا كان الاختلاف فى غير تقدير البلد أو فى تقدير البلد والعامل بهما على

السواء ، وإلا فالقول لدعى ما يتعامل به فى البلد كما تقدم قريباً اهـ .

صواب ما جاء خطأ في الجزء الثاني من التاج المذهب

ص	س	صواب	ص	س	صواب
١٤	١٩	الشاحى	٢٤٥	١	الظهار
٢٥	١٢	القضاء	٢٥١	١٠	فقوبة
٢٨	٣	لقلان	٢٦١	٩	لأجل
٤١	٢١	إلا ربما	٢٦٢	١٧ و ١٨	زيت
٥٣	١٣	رضيت	٢٦٤	٢١	ورفع
٧٧	٨	زوّج	٢٧٤	١٣	التياب
٧٧	١٨	فاذا	٢٧٥	٤	الطرير
١٢٣	١٨	كفأيت	٢٨٠	١٧	يجمها
١٢٦	٩	من	٢٨٢	١	قالقضاء
١٣٠	٩	نحو	٢٨٣	١٧	النشوز
١٣٢	١٨	شئت	٢٩٥	١١	يجب
١٣٩	٢	بالفظين	٣٠٤	٢١	بظنها
١٥٦	٤	الفرائض	٣٨٠	١٨	الثربة
١٨٤	٣	بمقد	٤٠٢	١٣	جيمها
١٩٤	١٠	فكالنصب	٤٢٥	٣	يستحق
٢١٠	٧	أى رجل	٤٣٢	٧	الجارج
٢١٧	٩	الكسوة	٤٤٥	١	لجبل
٢٣٦	٥	البائن			

فهرس الجزء الثانى من التاج المذهب

الموضوع	ص
كتاب النكاح (١٣٩)	٣
فصل : يجب على من يمصى الخ	
» : ويحرم على المرء أصوله (١٤٠)	٧
» : ووليه الأقرب فالأقرب (١٤١)	١٧
» : وشروطه أربعة (١٤٢)	٢٢
» : ويصح موقوفاً (١٤٣)	٣٦
» : ومتى انفق عقد وليين (١٤٤)	٣٨
» : والمهر لازم للعقد لا شرط (١٤٥)	٤٠
» : ومن سمي مهراً (١٤٦)	٤٤
» : وتستحق كل ماذكر فى العقد (١٤٧)	٤٩
» : ولها الامتناع (١٤٨)	٥٦
» : ولا شيء فى إفضاء الزوجة (١٤٩)	٦٠
» : ويترادان على التراخى (١٥٠)	٦٣
» : والكفاءة فى الدين (١٥١)	٦٧
» : وباطله مالم يصح إجماعاً (١٥٢)	٦٩
» : وما عليها إلا تمكين الوطء (١٥٣)	٧٢
» : ويرتفع النكاح (١٥٤)	٨٠
» : ويصح نكاح العبد (١٥٥)	٨٣
» : وفى الأمة بمقد المالك (١٥٦)	٨٥

الموضوع	ص
فصل : للمالك فيها كل تصرف (١٥٧)	٨٧
» : ومن وطئ أمته (١٥٨)	٨٩
الإختلاف	٩٣
باب : وعلى واهب الأمة (١٥٩)	١٠١
فصل : ومن وطئ أمة أيما (١٦٠)	١٠٤
» : وتستهلك أمة الابن (١٦١)	١٠٧
» : ولا توطأ بالملك (١٦٢)	١٠٨
باب الفراش (١٦٣)	١١١
فصل : وما ولد قبل ارتفاعه (١٦٤)	١١٢
» : وإنما يقر الكفار (١٦٥)	١١٥
كتاب الطلاق (١٦٦)	١١٨
وسنّيه واحدة فقط	١٢٤
وبدعيه ماخالفه	١٢٦
ورجعيه ما كان بعد وطء	١٢٨
وبائنه ماخالفه	١٢٩
فصل : ويصح التعليق بالنكاح والطلاق (١٦٧)	١٣٥
» : وما علق بمضى حين (١٦٨)	١٤١
» : ولا يجوز التحليف به (١٦٩)	١٥٨
» : ويصح توليته (١٧٠)	١٦٤
باب الخلع (١٧١)	١٧٣
فصل : ولا يحل منها الخ (١٧٢)	١٨٣
» : وبإزم بالتغريم مهر المثل (١٧٣)	١٨٧

الموضوع	ص
(١٧٤) فصل : وهو طلاق بائن	١٩٣
(١٧٥) » : والطلاق لا يتوقت	١٩٨
(١٧٦) باب المدة	٢٠٨
(١٧٧) فصل : وفى عدة الرجعى الرجعة	٢١٦
(١٧٨) » : وهى من حين العلم	٢٢٣
(١٧٩) » : ولا عدة فيما عدا ذلك	٢٢٩
(١٨٠) » : ولما لك الطلاق فقط	٢٣٢
(١٨١) » : والقول لتتكر البائن	٢٣٥
(١٨٢) باب الظهار	٢٤٣
فصل : ضريحه قول مكاف الخ	٢٤٣
(١٨٣) » : ويحرم به الوطاء	٢٤٨
(١٨٤) باب الإيلاء	٢٥٣
فصل : من حلف مكافا	
(١٨٥) باب اللعان	٢٥٩
فصل : يوجب رمى مكاف الخ	٢٦٠
(١٨٦) » : ويطلبه الزوج للنفى الخ	٢٦٣
(١٨٧) باب الحضانة	٢٦٧
(١٨٨) فصل : وللام الامتناع	٢٧١
الكفالة	
(١٨٩) فصل : ومتى استغنى بنفسه	٢٧٤

الموضوع	ص
باب النفقات (١٩٠)	٢٧٦
فصل : على الزوج كيف كان	
فصل : ونفقة الولد الخ (١٩١)	٢٨٨
باب : الرضاع (١٩٢)	٢٩٨
فصل : ومن وصل جوفه الخ	٢٩٩
فصل : وإنما يثبت حكمه بإقراره (١٩٣)	٣٠٣
كتاب البيع (١٩٤)	٣٠٦
فصل : وشروطه	٣٠٧
» : يصحان من الأعمى (٢٩٥)	٣١٥
» : ويلحق بالعقد الزيادة والنقص (١٩٦)	٣١٨
» : والمبيع يتعين الخ (١٩٧)	٣٢٠
» : ويجوز معاملة الظالم (١٩٨)	٣٢٤
» : ولا يجوز بيع الحر (١٩٩)	٣٤٠
» : ولا يصح في ملك لا قيمة له (٢٠٠)	٣٤٢
» : وعقد ذي الولاية الخ (٢٠١)	٣٤٨
» : في كيفية تسليم المبيع (٢٠٢)	٣٥٤
باب الشروط المقارنة للعقد	
فصل : يفسده صريحها (٢٠٣)	٣٦٥
فصل : ويصح منها ما لم يقتض الجاهالة (٢٠٤)	٣٧٢
باب الربويات (٢٠٥)	٣٧٦
فصل : إذا اختلف المالان	

الموضوع	ص
(٢٠٦) فصل : ويحرم بيع الرطب	٣٨٣
(٢٠٧) باب الخيارات	٣٩٠
(٢٠٨) فصل : فى خيار الرؤية	٣٩٦
(٢٠٩) » : فى خيار الشرط	٤٠٤
(٢١٠) » : وإذا انفرد به المشتري	٤٠٩
(٢١١) » : فى خيار العيب	٤١٢
(٢١٢) » : لا رد ولا أرش	٤١٤
(٢١٣) » : ويستحق الأرض الخ	٤١٨
(٢١٤) » : وفسخه على التراخي	٤٢٨
(٢١٥) » : وإذا اختلف المشتريان	٤٣٣
باب ما يدخل فى البيع	
(٢١٦) فصل : يدخل فى البيع ونحوه الخ	٤٣٥
(٢١٧) » : وإذا تلف المبيع	٤٤٢
بيان استحقاق المبيع	٤٤٥
(٢١٨) فصل : ومن اشترى مشاراً إليه	٤٤٨
(٢١٩) باب البيع غير الصحيح	٤٥٣
فصل : وباطله ما اختلف فيه الماقد	
فاسد البيع	٤٥٦
(٢٢٠) فصل : والفوائد الفرعية الخ	٤٥٩
(٢٢١) باب المأذون	٤٦٣
(٢٢٢) فصل : وللمأذون كل تصرف الخ	٤٦٣

الموضوع	ص
(٢٢٣) فصل : ويرتفع الاذن بأحد أمور ستة	٤٦٦
(٢٢٤) باب المراجعة	٤٦٨
(٢٢٥) فصل : ويبين وجوباً تعميده	٤٧١
(٢٢٦) فصل : والتولية كالمراجعة	٤٧٤
(٢٢٧) باب الإقالة	٤٧٦
(٢٢٨) باب القرض	٤٨٣
(٢٢٩) فصل : إنما يملك بالقبض	٤٨٥
(٢٣٠) » : وليس لمن يتعذر استيفاء حقه الخ	٤٨٨
(٢٣١) » : ويجب رد الغرض والرهن	٤٩٠
(٢٣٢) » : ويتضمن رد الفصب ونحوه	٤٩٢
(٢٣٣) باب الصرف	٤٩٥
(٢٣٤) فصل : ومتى انكشف الخ	٤٩٧
(٢٣٥) فصل : لا تصححه الجريرة	٤٩٩
(٢٣٦) باب السلم	٥٠١
(٢٣٧) فصل : ومتى بطل لفسخ الخ	٥٠٩
(٢٣٨) فصل : وإذا اختلف البيعان الخ	٥١٢

